GOTTLIEB GER-
HARD TITIUS.

Krügner sc. Lips.



GOTTLIEB GERHARD TITII, JCTI.

POTENTISS. POLON. REGIS ET ELECT. SAX. IN SUMMO PROVOCATIONUM SENATU CONSILIARII, SUPREM. CUR. PROVINC. ET FACULTAT. JURID. IN ACADEMIA LIPS. ASSESSOR. ATQUE CODICIS PROFESS. PUBL. ORDINAR.

JURIS PRIVATI ROMANO-GERMANICI

EX

Omnibus ſuis partibus, puta Jure Civili, Eccleſiaſtico & Feudali, hactenus ſeparari ſolitis, ſecundum genuina Jurisprudentiæ Naturalis Fundamenta compoſiti, a tricis & obſoleto Jure purgati, ex neceſſario ſuppleti, ac Ordine naturali planoque, adjectis etiam Summariis Capitum Statui Reipublicæ Germanicæ attemperati

LIBRI DUODECIM,

QUIBUS

JURISPRUDENTIA PRIVATA GERMANICA USUI SCHOLARUM ET VITÆ CIVILIS PROPIUS APTATUR.

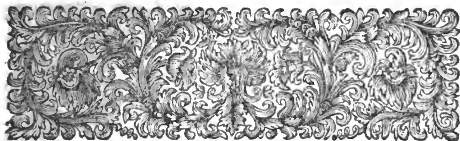
EDITIO ALTERA

RERUM INDICE LOCUPLETIORE AUCTA.

LIPSIÆ,

Sumptib. Hæred. FRIDERICI LANCKISII,

ANNO MDCCXXIV.



Lectori salutem.

EXhibeo nunc illud opus, in quo qualescunque ingenii vires me aliquando esse periclitaturum, in *Præfatione Juris Ecclesiastici* dixi. Equidem tum temporis Doctrinam Juris Naturalis ei præmittere constitueram, sed uti liberi propositi nulla est obligatio, ita fuere rationes, quæ, ut prius huic labori manus admoverem, magis persvaserint. Num vero tardius, quam oportuerit, propositum executus sim, frustranea fuerit quæstio: Nihil enim promisi, aut saltem certi temporis sponsionem non inii, imo si aliquid hujus rei a me factum esset, nullius tamen interfuit, ac nemo adeo promissum acceptavit, ut libera omnino hac in parte fuerint studia; etsi non difficulter rationes etiam suppeterent, quibus moram, si aliqua contracta existimari posset, excusare liceret. De *Scopo* potius, *Habitu* & *Usu* hujus Scripti aliqua dicenda sunt, maxime cum consvetas Systematum Juridicorum regulas non fuerim secutus. Illum quod attinet, Jurisprudentiam privatam Germanicam Usui Scholarum & Vitæ civilis propius aptare intendi. Hoc dum

dico, credere me utique oportet, laudatam modo Jurisprudentiam in eo esse statu, ut scopo isti non satis accommodata censeri queat. Non dissimulo hoc, etsi non nesciam, quam inclementi hæc res a nonnullis excipi soleat censura, maxime si meæ conditionis homines de ea loqui audeant: Sed cum licitum sit, hic sententiam dicere, ignavum fuerit, si in re licita, ex alieno pendere arbitrio, quam proprio indulgere genio malim: Ne tamen prolixa tractatione Lectoribus tædium creem, statum Jurisprudentiæ germanicæ breviter repræsentabo. Ut mihi igitur, sine veritatis præjudicio, videtur, Jurisprudentia germanica privata, est distracta, sine ordine exhibita, statui generis humani ac Reipublicæ non attemperata, ex generalibus æquitatis fundamentis non deducta, adeoque sine genuina legum subordinatione tradita, variis rebus obsoletis & inutilibus repleta, necessariis vero destituta. Atque hæc vitia disciplinæ sunt. Præterea ipsæ leges, quibus utimur, suis quandoque laborant defectibus: Nam aliquando sine gravi causa libertas restringitur, ut in iis, quæ ex animi sententia & juxta naturalem rationem commode expediri poterant, cum metu & anxietate, legis positivæ præscriptum subditi sequi teneantur, ac sæpe, sine ulla prava intentione, in leges tanquam in laqueos incidant: Nonnunquam leges sunt valde incertæ adeoque, Jurisprudentiæ dubiis opplendæ, peridoneæ, & licet forte unum aliquod tollatur, attamen, principio non remoto, plura velut renasci solent: Aliquando sanctiones positivæ cum rationibus conscientiæ seu legum divinarum per omnia satis conciliari nequeunt, ac in specie aliqua in iis occurrit inhumanitas vel durities, dum leve

erratum

erratum gravi diſpendio coercent: Denique leges quandoque ſcopo ſuo non ſufficiunt, ſed langvidæ nimis ac inefficaces deprehenduntur. Atque hæc incommoda in iis legibus, quæ rationem adminiſtrandæ juſtitiæ dirigere debebant, præcipue occurrere, facile intelligunt ii, qui, præjudiciis bona fide ſepoſitis, ea, quæ quotidiana ſuppeditat experientia, ſerio expendunt. Quodſi hiſce vitiis accedat in Scholis perverſa docendi ratio diſcendique tædium, ac ignavia; in vita civili ignorantia legumque neglectus; in foro denique impudentia & improbitas, tum facile patet, quantopere per hæc jurisprudentia graviter jam decumbens affligi & peſſumdari queat; & licet hæc hominum vitia ſint, attamen negari nequit, quin morbidus Jurisprudentiæ ſtatus eadem velut provocet aut facile ſaltem admittat. Atque ex his ultro intelligitur, qua ratione Jurisprudentia emendanda mihi eſſe videatur: Tollenda ſcilicet ſunt vitia Diſciplinæ & Legum, atque ita vitiis hominum, quantum fieri poteſt, etiam occurrendum. Quo loco obſervari meretur, duplicem eſſe Jurisprudentiæ emendationem; *privatam* & velut præparatoriam, quam privatus inſtituit, ac *publicam* ſolidamque, quæ publicis auſpiciis ſuſcipitur. Nam ſane etiam homini privato vitia Diſciplinæ tollere, ac Legum notare licet; Sed Imperantis autoritate & ductu leges, parum recte ſe habentes, etiam corrigi, ac tota Diſciplina ad regulas artis certius pleniusque revocari poteſt, quo ejus decreta commode doceri & diſci, in vita civili obſervari, ac lites exortæ, ſecundum illa, promte valideque componi queant. Sicut autem morbi inveterati repentinis & vehementioribus re-

mediis ſtatim tolli non poſſunt, ſed lenioribus potius ſenſim expellendi ſunt, ita Jurisprudentia Germanica etiam fortiora remedia non admittere, ſed ſucceſſive ſanitati reſtituenda eſſe videtur, adeo ut in quibusdam morbi partibus etiam longiora temporis intervalla fortaſſis admittenda ſint. Hoc autem commodiſſime fieri poſſe videtur, ſi privato labore graviora Diſciplinæ vitia tollantur, id quod etiam æquitas quodammodo exigit, ut, cum ex ſcholis diſciplinarum corruptio non raro ſoleat habere originem, ibi quoque earum emendandarum fiat initium. Illud nihil referre videtur, ſive unus ſive plures huic rei manum admoveant, niſi quod plures opus quidem maturare queant, at e contrario, ſi non valde conſentiant, ſed ingenio, affectibus & ſtudiis diverſi ſint, laborem æqualem per omnia præſtare non poſſint. Præparatæ ita Juris Diſciplinæ ſi manum medicam, vel ſtatim vel poſt aliquod tempus adhibere Imperanti fuerit viſum, Viris cordatis, expertis & quorum rationes morbido Jurisprudentiæ ſtatui non ſunt innexæ, id negotium committendum erit. Hi igitur ſi privati laboris errata, hinc inde forte intercurrentia, emendarent, omiſſa ſupplerent, adeoque pleniorem artis habitum Jurisprudentiæ circumponerent, denique vitia legum tollerent, ac inprimis involutam nimis procedendi rationem, ad æquitatis & ſimplicitatis naturalis terminos revocarent, de quo ſpecialius dicere, jam quidem haud conſultum arbitror, dubitandum non eſt, quin Jurisprudentia tam in Scholis quam in Foro, ingenuam magis liberalemque ſit exhibitura faciem. Emendata publicis auſpiciis Diſciplina, vitia hominum Scholaſtica & forenſia, ac in ſpecie artem legu-

judicio tamen, ſive potius ex arbitrio, Grotii cujusdam, Bezæ, Clerici, Millii & ſimilium, ſint reſecandæ? Qvo demum judice ac definitore lis iſta, de hujus vel alterius lectionis αὐθεντίᾳ dirimetur, ut fide divina, omnisqve dubitationis neſcia, in deciſione ejus tuto acquieſcas? & qvo conſtabit ſponſore, qvod duobus & tribus contigit commatibus, idem ne uſu venerit ſexcentis aliis, MSS. qvorundam auctoritate ſolicitatis? Annon, ſi hoc largiamur, II. herbam porrigere Pontificiis, iisdemqve dare cogemur qvod contendunt, ad definiendam, figendamqve certam Scripturæ S. lectionem, eccleſiæ reqviri auctoritatem, Romanamqve curiam ſuis egregie proſpexiſſe filiis, qvando & canonem librorum ſacrorum exacte conſtituerit, & lectionem, Vulgatam interpretationem in αὐθεντίας ſolium evehendo, in tuto collocarit, omnique controverſiæ præſciderit anſam? In hoc qvippe commento mirifice ſibi plaudit & triumphos agit, eruditus ille impoſtor, Joann. Morinus, *(m)* cui qvidem ſatagere nemo feliciter poterit, qvi ſupra memoratam ὑπόθεσιν ſuſceperit ac tueatur. Imparibus certe armis, hac ipſa præpeditus cauſa, congreſſus cum eo Millius, *(n)* dubiam haud uno in loco reliqvit palmam. Etſi enim parum proficiat conductitius ille Vulgatæ verſionis patronus, ſi paulo curatius, & juſta lance momenta ejus ponderentur, fucum tamen facit imperitis, qvoad variantium lectionum

 copia

(m) Exercitat. Bibl. II. tota. *(n) Prolegom. 1322. ſeqq.*

copia & pondere opprimi patiamur tritam textus ſacri vulgaremqve λέξιν. III. Qvonam porro tibicine ſuffulcietur fides eorum, qvi tot in medio poſitis lectionum divortiis, qvamnam ceteris præferre, qvam primam & Apoſtolicam, qvas interpolatas pronunciare, in numerato non habent? Qvotus enim qvisqve ex lectoribus ſacri codicis, lingvarum etiam originalium peritis, eo pollet acumine, doctrinæ apparatu, Critices ſacræ inſtructu, ut certo, & citra heſitationem, ipſe valeat definire, qva lectione ſit ſtandum? Autoritati ergo Critici cujusdam, qvem emunctæ naris credideris, vel doctoris eccleſiæ, ita te docentis, vel ordinis integri aut cœtus, ita legendum definientis, deciſio tam arduæ ac ſublimis qvæſtionis erit committenda. Aſt cum videas, viros in hac palæſtra exercitatiſſimos, in diverſa invicem abire, Eraſmo dicam ſcribere Bezam, Complutenſibus derogare Stephanos vel Aldum, Hugoni Grotio contradicere Dan. Heinſium, Millio non convenire cum Jo. Clerico, Bentlejum diſcedere ab omnibus, qvo demum ſe vertet mens pia, in ancipiti poſita, & inter tot viros graves, ſubactique ingenii cenſores arbitrari neſcia, vel non auſa? Annon fluctuatione agitabitur perpetua, in capitibus doctrinæ vel cultus præcipuis, nec reperiet unqvam, ubi pedem figat? Vel ſi demum, ſive in ſuomet ipſius, ſive in aliorum qvorumcunqve acqvieſcat judicio, annon hoc pacto omnis ejus fides in humanam tandem, & fallacem, aut omnino dubiam recumbet

bet auctoritatem? Qvod qvam alienum a veræ religionis indole, qvam periculosum, & saluti mortalium fraudi sit, nemo non intelligit, me non monente. IV. Sed & elabendi rima qvibusvis aperietur hæreticis, qvi testimonia illa, qvibus urgetur vel maxime, ac proscribitur ipsorum πανεργία, diversa laborare lectione, incerta & lubrica esse, nec recte se habere, in promptu habebunt causari. Hac fini, Marcionem cum asseclis, temerarias exemplaribus sacris intulisse manus, Ebionitas Nazaræorum jactasse Evangelium, hæreticos alios falsatis usos fuisse codicibus, qvi suo patrocinarentur errori, historia testis est ecclesiastica, & Romanenses Vulgatæ tantum statuisse pretium, experientia loqvitur qvotidiana. V. Atqve sic omnis demum evanescet & in fumum abibit religionis Christianæ certitudo, si tam lubrico innixa fundamento, huc illuc vacillare necesse habeat. Aliam enim, unde promanaverit, originem, aliud, qvo se tueatur, præsidium, alium, unde hauriatur, fontem, præter Scripturam Sacram, eamqve novi cumprimis Instrumenti, ignorat. Hujus autem lectio si tam vaga fuerit, instabilis ac anceps, hinc inter varios nutans codices, hinc inter diversas fluctuans versiones, hinc deniqve dispari omnino verborum habitu ac tenore, a patribus primitivæ ecclesiæ ad posteros propagata, & ad nostram transmissa ætatem, hinc denique speciosis adeo Criticorum conjecturis solicitata & in discrimen vocata; quis, bone

Deus, eadem, tanquam Achille suo, niti, qvis omnem hujus & futuræ vitæ salutem eidem committere, quis totus ab illa pendere ausit? Idem profecto fecerit, ac

qui fragilem truci
Commisit pelago ratem
primus.

Inde, quam sobrie & caute in hac quæstione versandum, quamque medio inter Scyllam & Charybdim itinere sit navigandum, ne vel oraculis divinis vim faciamus, vel Criticorum, quin imo adversariorum ludibrio nos, una cum religione sanctissima exponamus, ad oculum cuivis patet. Velut itaque, quæ nobis mens sit ac sententia, circa varias veteris Instrumenti lectiones, alias edisseruimus (o) ita, quid de iisdem, in Novo Fœdere obviis, dicendum censeamus, qua par est modestia, & citra ullius insectationem, breviter nunc exponemus. Non eo consilio, ut totum hoc Critices latifundium exhauriamus, quod & a paginarum angustia, & ab instituto nostro, est alienum: sed ut tyronibus viam monstremus, qua incedendum, & lectores pios præmuniamus, ne lectionum diversitate induci se patiantur, de codicis Novi Test. sinceritate sinistri quid suspicandi.

Primo quidem varias in Græco N. T. textu lectiones occurrere, nec eundem prorsus habitum ac modum

dum

(o) In programmate inaugurali, Professioni Publ. Ord. Lingvæ S. Ao. 1719. præmisso, & in *Critica Sacr. Vet. Test. P. I. cap. VII.*

dum codices omnes, five manu exaratos, five typis excufos fervare, nemo facile negabit, qvi diverfas ejusdem mutuo contenderit editiones. Probamus eatenus, quæ fcripfit Millius (*p*): *Nulla jam ab omni Chriftianifmi ævo exemplaria N. T. ufquam extabant, Apoftolorum autographa ipfa fi exceperis; in quibus defcribendis haud fubinde cefpitarint librarii. Profpexit ecclefiæ Deus de Apoftolis, errare nefciis ac θεοπνεύϛοις, qui traderent nobis doctrinam Evangelicam; non item de librariis ἀναμαρτήτοις, qvi ipforum monumenta defcriberent. Et licet providentia Dei hactenus quidem invigilatum fit, ne in articulis fidei, aliisque ad falutis fummam facientibus, laberentur; (in his enim codices omnes conveniunt, & fi forte locus aliquis, qui fummi momenti effe videtur, uni, alteri, feu etiam quampluribus codicibus exciderit, (id quod non nifi in uno loco factum, quod viderim) idem tamen quoad fenfum alibi inculcatus occurrit; ut proinde neutiqvam inde periclitetur Chriftiana veritas) in aliis tamen paffim, & haud leviter fubinde, lapfos eos cernimus.* Res ipfa loqvitur, fidemque afferto facit duplex illa Milliani Novi Teft. editio, in qua ad fingula fere commata notatas reperies lectionum difcrepantias, five jure ac merito dictas, five gratis in illarum numerum ac cenfum relatas. Nec eft, ut eapropter de integritate textus N. T. actum jam & con-

 cla-

(*p*) *Prolegom. 1335.*

clamatum esse, vel vereantur imperiti, vel triumphent Anti-Scripturarii, cum quæ in singulis non datur illibata textus puritas, prostet tamen in pluribus mutuo collatis editionibus, quarum una juvat, emendat, & perficit alteram; ut destituti licet MSS. codicibus, in impressis tamen exemplaribus textum habeamus integrum ac intemeratum, qualis ab Apostolorum manu in avtographis fuit consignatus. Modo de variantibus rite judicetur lectionibus, de quibus, in immensum fere cumulum hodie auctis, vix dextre recteque sententiam ferre queas, nisi in certos illas dispescueris ordines, & classes. Ubi placet Ludolphi Küsteri distinctio (*q*), ut quatuor variarum lectionum statuantur genera; 1. falso ita dictarum, sive quæ tales quidem videntur, at revera non sunt, 2. dubiarum, 3. vere quidem talium, sed nullius momenti, 4. vere itidem talium, sed alicujus, vel magni momenti, quæ curatiorem poscunt discussionem. Ad *primam* classem manifesta pertinent scribarum errata, malitiosæ hæreticorum fraudes, quas primitivæ ecclesiæ doctores, Tertullianus, Origenes, Hieronymus, aliique studiose detexerunt & annotarunt, & præposteræ sciolorum curæ, qui quæ non assequebantur satis, emendare aggressi, unum vel alterum codicem suum mendis contaminarunt. Ad *secundam* præcipue referendæ sunt citationes illæ Patrum, de quibus exploratum non est, utrum fide & auctoritate

(*q*) *In præfat. ad N. T. Millii.*

te codicis alicujus veteris nitantur, an vero conceptæ tantum ſint verbis, quæ memoria forte citanti ſuggerebat, aut etiam, quæ data opera, ad præſtitutum ſibi attemperabant ſcopum. Ad *tertiam* illæ ſpectant, quæ variorum MSS. probæ notæ ſemet tuentur auctoritate, omnes tamen in eundem recidunt ſenſum, ut qvamcunque elegeris, nihil in diverſum diſceſſeris ab altera lectione. Ita v. g. Act. XX, 28. ἐκκλησίαν, ſive legas cum pluribus editionibus τȢ Θεȣ̃, ſive cum nonnullis τȢ Χριςȣ̃, ſive cum aliis τȢ κυρίȣ, perinde omnino ei fuerit, cui non læva mens eſt, licet in verbis proxime ſequentibus, ſiniſtre acceptis, latere fraus queat, ſi vocem Θεȣ̃ ideo cum Χριςȣ̃, vel κυρίȣ appellatione permutaveris, ne ſangvinem Dei pro eccleſia fuſum aſſeruiſſe videatur Scriptura. Sic Matth. V, 24. parum refert, ſive legas διαλλάγηθι, ſive καταλλάγηθι, rurſus, utrum ἐλθὼν, an προςελθὼν, item πρόςφερε, ſive προςφέρεις. Pariter c. IX. 18 ταῦτα αὐτȣ̃ λαλȣ̃ντος, an λέγοντος· mox, ἄρχων ἐλθὼν, an ἄρχων εἰς ἐλθὼν, vel denique ἄρχων τις ἐλθών. Item, quando ſingularis, cum numero plurium, eadem tamen vi ac ſignificatione, permutatur, ut æque notet, ſive Matth. III, 8. καρπȣ̀ς ἀξίȣς, an καρπὸν ἄξιον c. XIII, 4. καὶ ἦλθε, an καὶ ἦλθον τὰ πετεινὰ, legas. Cujus generis in diſcrepantiis longe plurima pars Millianæ συλλογῆς verſatur. Ad *quartam* tandem, paucæ admodum revocari merebuntur, quæ potiſſimam requi-

runt

runt attentionem & curam. Præterea quoque cautio singularis adhibenda est circa fontes, ex quibus variæ lectiones corrasæ promanarunt. Aliæ quippe ex MSS. vetustis ac probis codicibus, quos in prolegomenis Millius & Küsterus ordine percensuerunt, collectæ: aliæ ex versionibus exsculptæ; aliæ ex Patrum monimentis erutæ: aliæ demum, ex uno Critici cujusdam ingenio profectæ, deprehenduntur. His ita præmissis, qvid sentiendum sit de singulis, paucissimis complectemur observationibus.

(*I.*) Quæ veterum codicum auctoritate nituntur lectionis varietates, si Articulum fidei concernant, aut sensum reddant dubium, & momentum aliquod involvant, tamdiu secundum regulas cum Hermeneuticas, tum Criticas, sunt examinandæ & ponderandæ, donec de lectione, quæ sensui maxime & τῇ *συναφείᾳ* respondet, ceu divina, simus convicti. Vix gravior alia hic datur controversia, quam de loco vexatissimo 1. Joh. V, 7. quem in utramque partem ita ventilavit Millius, ut quod addi possit, nihil fere reliquum fecerit, attamen ad eum modum, ut *αὐθεντίαν* dicti, quam tuetur ipse, vix satis muniverit contra objectiones, quas pro dissentientium parte allegavit; verum, si addantur illi, quæ novissime ex nostris, vir apprime doctus, D. Frid. Ernest. Kettnerus *ὁ μακαρίτης* (*r*) ex Reformatis autem Gallis, Martinius (*s*) pro asse-

(*r*) In *historia dicti 1 Joh. V*, 7. Lipsiæ 1713. (*s*) dans ses *deux dissertations Critiques*, à Utrecht, 8. 1717.

afferenda hujus oraculi auctoritate ac origine, in medium attulerunt, absque ulla hæsitatione illud pro authentico habebitur ac divino. Haud proletaria quoque lectionis dissonantia occurrit Rom. V, 14. inter affirmantem sententiam ac negantem, negative μὴ ἁμαρτήσαντας, legentibus codicibus omnibus, negationem autem expungentibus Patribus nonnullis, unde lectioni constanti codicum nostrorum convicium facere ausus est Morinus. Sed operose illam ac solide, cum *ad h. l.* tum *prolegom. 1318.* Millius adstruxit, & in tuto collocavit. Ita etiam fidem commatis 4. cap. V. Joh. de angelo, statis temporibus ac vicibus de cœlo descendente, & aquam piscinæ Bethsaidæ turbante, ex silentio veterum MSS. in dubium vocant Millius (*t*) & Küsterus (*u*): ille quidem suspicatus, irrepsisse eam ex Evangelio secundum Hebræos: verum in illo Evangelio lectam unquam fuisse hanc de piscina miraculosa historiam, nullo demonstrare potuit vel idoneo teste, vel documento. Æque se res habet cum historia adulteræ Joh. VIII, 3. sqq. quam supra tetigimus: sed utramque pericopam, innumero codicum suffragio suffultam, propter unius vel alterius codicis silentium aut lacunam, non patimur expungi. Notabilem perquam passionis Servatoris nostri actum, de sanguinis sudore, & Angelo Christum confortante, ad olivetum, a Luca c. XXII, 43. sq.

 memo-

(*t*) *Prolegom.* 433. & *not. ad h. l.*

(*u*) *Præfat.* edit. Millianæ.

memoriæ traditum, multi codices ignorant Græci ac Latini: quam tamen lectionem genuinam ac sinceram esse, Millius plus vice simplici (*x*) asseruit, & unde ortum trahat expunctio, docuit post Erasmum. Et sic in ceteris ejus generis oraculis, lectionis differentia solicitatis, præsto semper sunt, cum codicum testiumque auctoritates, tum rationes ex ipsa textus compage, vel locis parallelis, vel fidei petitæ analogia, quæ constantem lectionem, quam hodie tenemus, valide confirmant, ut nullum monstrari possit exemplum lectionis ancipitis, quæ alicujus sit momenti, circa quam jure hæsitare queat docilis ac pius lector. (*y*)

(*II.*) E Patrum primitivæ ecclesiæ monimentis, diversimode scripturæ allegantibus verba, constans solicitari & in dubium vocari lectio non debet, cum non in doctorum lucubrationibus, frustulatim Scripturam, & sæpe vix centesimam ejus partem complexis, sed in apographis codicis sacri, verbum suum, ad omnium seculorum posteritatem, transmittere Deus voluerit. Unde Christus Judæos, non majorum, vel doctorum suorum commentaria, sed *τὰς γραφὰς ἐρευνᾶν* jubet (*z*) & palmarium religionis dogma discipulis suis expositurus, incipiens a Mose, & omnibus Prophetis, solam ipsis declarabat Scripturam divinam de Messia. (*a*) Patres certe sacras literas neglectius fere,

ex

(*x*) *Prolegom.* 797. 798. 799. & *ad h. l.* (*y*) Singula loca graviora, cum cura discussit & vindicavit, Dan. Whitby, *in Examine Var. Lect. Millii, Lib. II. cap. I. p.* 28. *sqq.* (*z*) Joh. V, 39. (*a*) Luc. XXIV, 27.

ex memoria, & ad ſenſum ut plurimum, non autem ad exemplarium ſuorum fidem allegaſſe, quod paulo ante monuimus, licet neget ac perneget Millius, ne operæ, in Patrum volvendis operibus collocatæ, pretium ac fructum perdat; copioſe tamen adverſus ipſum adſtruxit, & inſigni exemplorum ſylva munivit Dan. Whitby (*b*) clariſſime demonſtrans, quam parum præſidii germana Scripturæ lectio in veterum doctorum reperiat ſcriptis. Habent equidem interdum teſtimonia Patrum uſum ſuum in lectione genuina confirmanda, ubi vel de variante aut corrupto exemplari monent cavendo, vel contra unius aut alterius codicis auctoritatem, tritam lectionem tuentur. Hinc laudatus VVhitby (*c*) regulam ponit, non contemnendam: *ubi Patrum multi, nullo refragante, cum verſionibus antiquis, & codicum MSS. majori parte, in una lectione conveniunt, eam lectionem certo genuinam pronuncio.* Sic ad Matth. I, 23. contra complures editiones, in ſingulari legentes *καλέσεις*, tritam pluralis lectionem confirmat Chryſoſtomus: *ὐκ εἶπε, καλέσεις, ἀλλὰ καλέσουσιν οἱ ὄχλοι· τοῦτ' ἐστὶ, καὶ ἡ τῶν πραγμάτων ἔκβασις.* Pariter, quando Matth. IV, 10. plurimi habebant, *ὕπαγε ὀπίσω μου*, Origenes *in h. l.* tritam lectionem ſtabilit; *ὕπαγε Σατανᾶ· χωρὶς ἧς, ὀπίσω μου, προσθήκης.* Contra vero ea, quando

(*b*) *In Exam. P. I. cap. 1. toto.* (*c*) *In Præfat. cit. Examen §. 7.*

do Patrum plurimi, Origenes, Theodoretus, Ambrosius, Vigilius, Fulgentius, Hebr. II, 9. loco χάριτι Θεῦ, legunt χωρὶς Θεῦ, nihil derogat illorum consensus codicum nostrorum integritati, quam & contextus, & res ipsa probat: ut taceam, alteram illam lectionem hæreticorum perversitati favere, quod egregie docuit ad h. l. Millius.

(*III.*) E versionibus quibus demum cunque, contra receptam & constantem textus originalis lectionem, sententia ferenda nunquam est, cum nec lingvæ diversæ tam exacte sibi respondeant, ut quod hujus idiomatis vocabulo quodam indicatur, hoc præcise, nec alio Synonymo, exprimi ac reddi potuerit verbo Græco; nec interpretum industria, lingvarum peritia & ingenii sagacitas, adeo curate & circumspecte versata sit in omnibus, ut fontium emphasin, βάθος, & proprietatem in translatione usque assecuta fuerit; nec versionibus, vel divina sic advigilaverit πρόνοια, ac textui authentico, vel humana adhibita fuerit cura vel religio tanta, ac tabulis divinis. Varii sunt, nec unius generis fontes, ex quibus παροράματα, glossemata, laciniæ aut mutilationes, multo proclivius in translationes promanare potuerunt, quam in textum originalem. Sæpe enim interpres, mentem divini scriptoris minus dextre assecutus, perperam reddidit: interdum proprietatem, aut pondus sententiæ, una voce se redditurum diffisus, pluribus est elocutus: nonnun-

quam

quam, ut clariorem textui lucem affunderet, glossema margini allevit, vel intra lineam infarsit, quod librariorum imperitia, vel oscitantia, posthac in textum irrepsit, unde translationis redundantia; aliquando, quæ reddere commode nunc nesciebat, in aliud differens tempus, resarciendum omittebat, hinc ortæ lacunæ. Quæ singula exemplis evicit laudatus sæpius VVhitby *(d)* & otium hac parte nobis fecit. Ubi ergo versiones pro genuina & in codicibus nostris obvia stant lectione, testium locum sustinebunt, illamque suo contra adversariorum calumnias munient suffragio; ast ubi ab illa deflectunt, tantæ auctoritatis non sunt, ut actionem contra textus sustineant integritatem.

(*IV.*) Ex uno Critici ingenio profecta lectionis variatio, consensu MSS. vel paucorum, vel nullius prorsus suffulta, explodenda merito ac repudianda est, quanta demum cunque se specie commendet. Sic in editione N. T. ex officina Jo. Billii A. 1622. in 8. in Anglia procurata, quæ subnexas sibi annotationes quasdam Jos. Scaligeri, & Is. Casauboni exhibet, Marc. IX, 49. pro eo, quod in codd. omnibus legitur, πᾶς γὰρ πυρὶ ἁλισθήσεται, Scaliger legendum contendit, πᾶσα πυρία ἁλισθήσεται *omne sacrificium salietur, & holocaustum salietur*, juxta Lev. II, 13. sibique mirifice in hac lectione placet; quam licet speciosam satis emendationem, co-

 di-

(*d*) *Lib. I. Exam. cap. IV. & V. p. 17. sqq.*

dicum tamen fide destitutam, suo quidem merito Millius *(e)* proscripsit. Crucem usque fixit eruditis, locus δυσνόητος Gal. IV, 24. 25. cui veteres nonnulli medelam, aut levamen se paraturos crediderunt, si verba, τὸ γὰρ Ἄγαρ, expungerent. Aliam autem ingressus viam, Criticorum nostra ætate doctissimus juxta ac audacissimus, Rich. Bentlejus in *Epist. ad Joh. Millium*, subjuncta *Historiæ Chronicæ Joannis Malalæ p. 96. sq.* conjectat, e regione verbi Σινᾶ adnotasse olim quempiam, enarrationis causa, Σινᾶ ὄρος ἐστὶν ἐν τῇ Ἀραβίᾳ. ea vero verba, non multo post, ut sæpe usu venit, de libri margine in orationem ipsam irrepsisse: nam Apostoli quidem ea non esse, sed παρεμβεβλημένα, ex ipso statim vultu & colore, totiusqve adeo corporis filo, cognosci posse. Hinc particulam δὲ post vocem συστοιχεῖ, paucorum quorundam MSS. consensu expungit, & verba: τὸ δὲ Ἄγαρ συστοιχεῖ τῇ νῦν κ.τ.λ. ita permutat: τῇ δὲ Ἄγαρ συστοιχεῖ ἡ νῦν κ.τ.λ. Tantum autem abest, ut calculum doctorum virorum tulerit hæc interpolatio, ut Vir Celeberr. Herm. VVitsius potius, peculiari in h. l. *de monte Agar* dissertatione, §. *XI. sqq.* *(f)* vehementer illam exagitaverit, & constantem editionum omnium asseruerit lectionem. Ejusmodi licet exemplis admonitus, sibi tamen adeo non temperavit Millius,

quo

(e) Prolegom. 1301. *(f) Miscellan. Sacror. Tom. II. pag. 146. sqq.*

quo minus nimis audacter ac temere, ex suomet ingenio, textum refingeret interdum, varieque tentaret. Hac fronte Matth. III, 11. verba, ἐν πυρὶ, ex Evangelio Lucæ, sive etiam in textum tam Lucæ, quam Matthæi irrepsisse, eaque propter delenda (g) pronunciat. Matth. V, 22. vocem, εἰκῆ, scholion esse perhibet, e margine codicis alicujus in textum admissum, vetustum tamen, & quod Apostolicorum pene temporum codices invaserit: v. 27. expungit τοῖς ἀρχαίοις, quasi additum ex v. 21. rursusque v. 44. illa omnia, εὐλογεῖτε τὰς καταρωμένες ὑμᾶς, καλῶς ποιεῖτε τὰς μισῦντας ὑμᾶς, ex Luc. VI, 28. huc traducta esse nullus dubitat, quia in versionibus oppido paucis, & apud Patres nonnullos omissa deprehenduntur: c. VI, 1. pro ἐλεημοσύνην, legi mavult δικαιοσύνην, cum pro certo habeat, Matthæi הקדצ sic reddidisse hoc loco interpretem, ἐλεημοσύνην autem, e margine codicis cujusdam, in textum irrepsisse: eadem audacia v. 13. δοξολογίαν cum voce Ἀμὴν, orationi Dominicæ subjunctam, ex Matthæo exulare jubet: cap. X, 8. verba, νεκρὺς ἐγείρετε, auctoritate codicum quorundam, qui non habent, expungit, rationem subjiciens, *cum neminem, ante Christi resurrectionem, ab Apostolis vitæ redditum legamus, probabile esse, adjectum hoc aliunde (scil. ex Matth. XI, 5.) & quidem ab ipsis pene Christianismi primordiis*, de quibus tamen adeo

(g) *Prolegom. 690, 1098.*

adeo sentit honorifice, ut alias (*h*) testetur, *apographa*, quotquot extabant, illa *perquam fideliter & accurate descripta* servasse. *Ecclesia* enim, *quam Apostoli voluminum horum hæredem, ut ita dicam, scripsere, hoc tempore, teste Hegesippo*, (*i*) *viro ex Apostolorum successoribus primario, ob incorruptam ejus & integram in fide perseverantiam* παρθένυ καθαρᾶς καὶ ἀδιαφθόρυ *titulo insignita erat, nullis hucusque* ἀκοαῖς ματαίαις *læsa ac contaminata.* Idem porro Matth. XVII, comma 21. integrum expungit: *neque quidem*, inquiens, *hujus Evangelistæ est, licet hic sedem occupet in omnibus propemodum libris nostris: sed Marci solius, quod ostendit canon Eusebianus*: quasi nimirum Eusebianis numeris potior constet fides, quam codicibus tam impressis, quam MSS. omnibus. Pari fiducia cap. XVIII, 35. verba: τὰ παραπτώματα αὐτῶν, quæ *in not. ad h. l.* retinere svaserat, *Prolegom. 1194.* tanquam ex margine textui intrusa, obelo configit. Matth. XXIII, comma 13. ex Marco & Luca huc transmisisse perhibet librarios: c. XXV, 13. verba, ἐν ᾗ ὁ υἱὸς ἀνθρώπου ἔρχεται, in archetypo hujus Evange-

(*h*) *Prolegom.* 247. (*i*) Apud Euseb. *lib. III. H. E. c.* 32. & *lib. IV. c.* 22.

angeli locum habuisse negat: (k) *appositam* autem *hanc clausulam* censet; *forsan ex c. 24, 44. a digestoribus lectionum ecclesiasticarum, quarum una ad hunc locum finita est, ne alias nimis abrupta videretur sententia*: quæ adeo futilis est ratio, ut nihil supra. Matth. XXVII, 35. verba, ἵνα πληρωθῇ, & quæ seqvuntur, usque ad finem versus, ad marginem annotata ex Joh. XIX, 24. in textum admisisse arbitratur librarios. Eadem licentia per totum grassatur codicem sacrum: quin eo usque progreditur, ut Matth. XXVII, 9. memoria lapsum dicere Evangelistam non vereatur, Jeremiæ nomen loco Zachariæ ponentem: unde, qua religione versatus sit in divinis istis monimentis Millius, æstimare licet.

(*V.*) Trita & constans codicum nostrorum lectio tamdiu tenenda, premendaque est, donec sphalmatis aut corruptionis, non modo a probæ notæ MSS, verum etiam per subsidia hermenevtica rite adhibita, liquido convincatur. Unde in iis locis, ubi idem prorsus ac illibatus persistit in diversis lectionibus sensus, quales supra citavimus, suo lector quisque stet codice, nec inter diversas fluctuet lectiones, quæ unum omnes idemque significant. Non quasi lectiones istæ diversæ, omnes æque sint primitivæ ac genuinæ, quarum non, nisi una, in autographis obtinuisse potuit: sed quod fides lectoris, non

 in

(*k*) *Prolegom.* 875.

in sono vocis, sed in sensu recumbit, qui si idem ex variis vocabulis enascatur, parum refert, utrum hanc teneas, an alteram, utrùm in singulari, an in plurali, utrum verbo simplici legas, an composito. Librariorum vero, aut hypothetarum menda, quæ in variantium lectionum censum venire, supra negavimus, nihil prorsus moretur ingenuus & pius lector, neque demum Criticorum circumagi judiciis se patiatur, quando violentas textui inferre tentant manus. Sæpe namque videas nomina personarum vel locorum propria mire variare in codicibus, v. g. Matth. VIII. 28. loco γεργεσηνῶν alios habere γαδαρηνῶν, alios γερασηνῶν c. XI, 21. χοραζὶν & Βηθσαϊδὰν, legere χοροζαΐμ, χωραζὴν, imo divise χώρα Ζὶν, & Βηθσαϊδᾶ, v. 23. pro καπερναοὺμ ponere καφαρναοὺμ. Cap. XIII, 55. pro Ἰωσῆς, Ἰωσὴφ & Ἰωάννης. c. XV. 39. pro Μαγδαλὰ, μαγαδὰν & μαγηδάν. c. XXI. 1. pro Βηθφαγῆ, Βηθσφαγῆ, nec non Βηθσφαγὴ καὶ Βηθανίαν, & sic in sexcentis aliis: ubi menda scribæ facili negotio deprehendere, & ex castigatioribus libris emendare licet. Quando etiam Lud. Küsterus (*l*) Matth. XXVI. 60. posterius οὐχ εὗρον, tanquam otiosum, unius codicis auctoritate expunctum cupit, non est, cur ei cedamus: nec non, quando Ma c. VII, 2. verba τουτέστιν ἀνίπτοις, scholion redolere, & ex margine in textum irrepsisse contendit. Lectio enim, quæ tot seculis suum tuita est locum, & ve-

(*l*) *Præfat. ad N. T. Millii.*

& velut poſſeſſionis titulo gaudet, ac codicum conſenſu firmatur, unius vel alterius ſive interpretis, ſive Critici, ſive MSS. quoque codicis ſuffragio, temere impugnatur.

Sed in his evolvendis ne diutius moras nectam, otium mihi fecit *Vir Celeberr. & de republica literaria bene merentiſſimus, Commentationis hujus Criticæ Auctor,* qui in his, aliisque id genus quæſtionibus diſcutiendis, cum cura verſatus eſt. Quod enim in deſtinatis ipſe habebam, cum *Introductionem* meam *in libros Bibl. Vet. Inſtr.* publici juris feciſſem, ut pari ratione ac methodo, ſanctiſſima Novi Fœderis monimenta percenſerem, atque ſic, quod fieri in tanta brevitate liceret, abſolutum in totum codicem ſacrum darem opus, quod tyronibus aditum velut reſeraret, & quæ ad ἐξωτερικὴν ejus cognitionem faciunt, confertim exhiberet, id poſthæc aliis prohibitus negotiis & curis, tamdiu ſeponere & miſſum facere ſum coactus. Ne tamen imperfectum maneret opus, quidquid eſt hujus inſtituti, Vir ſumme Reverend. & lubens in ſe ſuſcepit, & accuratione ac fide tanta aggreſſus eſt expedire, ut hoc nomine eccleſiæ pariter, ac ſtudioſæ Juventuti, cui dicatus hic labor eſt, gratulari habeam, Deumque precer immortalem, ut vitam ipſi, otium, laborumque optatiſſimos largiatur ſucceſſus, quo per ſingulos eundo Novi Fœderis libros, pari dexteritate ac fide, quæ huc pertinent, expromere, eccleſiæque juvare commoda

valeat. Ita spero futurum, ut post b. VValtheri *officinam Biblicam*, pius f. literarum lector in hac tractatione omnia sit reperturus, quæcunque vel ad historicam, vel criticam librorum θεοπνεύστων notitiam, vel ad vindicias, vel ad œconomiam, vel ad alia spectare possint momenta.

Quod superest, *genua flecto mea ad Patrem Domini nostri Jesu Christi, ut det nobis Spiritum sapientiæ & revelationis, per agnitionem ipsius, illuminatis oculis mentis nostræ, ad sciendum, quæ sit spes illa vocationis ipsius, & quæ opes gloriæ hæreditatis ipsius in sanctis, & quæ sit supereminens illa magnitudo potentiæ ipsius, in nobis, qui credimus, pro efficacitate roboris virium ipsius: Ei autem, qui potest virtute omni re excellentiore id facere nobis, & plus quam petimus aut cogitamus, secundum virtutem suam, quæ agit in nobis: ei sit gloria in ecclesia ejus per Jesum Christum, in omnes ætates multorum seculorum,*

Amen.

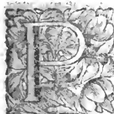
) o (

IMMA-

IMMANVEL!

LECTORI BENEVOLO

salutem precatur auctor.



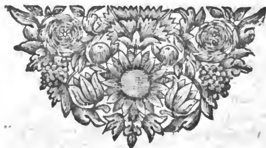
Ostquam laudabilis mos in nostro invaluit archi-gymnasio, ut singulis lectionibus publicis, iisque matutinis, caput biblicum præmitteretur, mei Antecessores id dederunt operam, ut caput prælectum variis notis illustrarent. Quorum vestigiis ego jam ultra vicennium insistens, prælectum hactenus Scripturæ caput non variis tantum notis, iisque philologicis, exegeticis & polemicis illustravi, ususque practicos elicui, sed etiam, ut prælectum caput, & ad illud adnotata eo melius memoria tenerentur, illud ex Jo. ABRAHAMI KROMAYERI dispositionibus memorialibus disposui. Ne autem tempus hac lectione biblica consumeretur omne, plurimaque sine adnotationibus dimitterentur, sub Novi initium Testamenti cepi, pro re nata, aliquot tantum versus adnotare, reliquis in sequentes lectiones reservatis, unde unum caput plus una simplici vice solet prælegi. Majorem, quem inde speravi, Deo sit laus! in meis auditoribus observavi fructum. Quotiescunque etiam novus erat incipiendus liber Biblicus, præliminares, quæ in illius lectionem introducerent, ejusque *auctorem tum primarium, tum secundarium, canonicam auctoritatem, testimonium de Christo (in Veteris Testamenti libris) stilum, argumentum, scopum, & aliquod dictum, in vita,*

& in morte nobis præ aliis utile, sisterent, præmisi quæstiones. Jam quidem eas in lucem proferendi, ab eo tempore semper fuit animus, cum autem nil novi heic, sed quæ alii viri eruditi, philologi juxta ac theologi, quippe ex quibus mea desumpseram, jam diu suis propalarunt scriptis, essent producenda, fui a proposito absterritus. Tandem tamen cum viderem, viros & theologos eruditissimos, inque his maxime reverendum dominum D. Jo. Gottl. Carpzovium, philologum & theologum Lipsiensem celeberrimum, patronum nostrum non sine grato animo memorandum, majorum suorum vestigia cum laude prementem, suam introductionem ad libros historicos, poeticos & propheticos bibliorum Veteris Testamenti, non sine magno fructu, in publicam produxisse lucem; cogitavi, annon e re studiosæ nostræ esset juventutis, si ego, pro virium etsi modulo, tentarem, qualemcunque isagogen ad Novi Testamenti libros per publicarum modum dissertationum foras dare. Periculum feci, & per aliquot tentamina, quæcunque *ad rem criticam, historicam & chronologicam* Novi Testamenti pertinere videbantur, cum meis studiosis communicare cepi. Mens etiam erat, telam exorsam pertexere amplius, & auditorum nostrorum usui dicare unice. Quum autem viderem, hanc qualemcunque nostram opellam præter meritum exteris placere, &, quamvis nondum ad finem perductam, hinc inde in libris & dissertationibus adlegari; viri etiam celeberrimi me sollicitarent, ut peculiari tractatu, paullo uberius distinctiusque elaboratam, quantocyus ederem, quippe non sine usu futuram; mihi sui persuadere passus. Sisto ergo tibi, lector benevole, hanc meam *commentationem criticam ad libros Novi Testamenti in genere,* in qua de Novi Testamenti *generali inscriptione sive titulo, auctoribus principali & minus principalibus, genuinis & pseud-evangeliis, evangelistarum insignibus, apostolis eorumque veris & spuriis, ipsius etiam Salvatoris & Mariæ scriptis,*

ptis,

ptis, materia ex qua & circa quam, forma, sensu nempe, stilo & lingua, fine, librorum divisionibus & dispositione externa, epistolis canonicis sive catholicis, chronologia, divisione in capita & versus, distinctionibus per accentus, commata, cola & puncta, itemque in pericopas evangelicas & epistolicas, canonica auctoritate, codicibus, variantibus lectionibus, versionibus, Veteris Testamenti in Novo adlegationibus & commentatoribus, prolixe, & quanta potuit fieri diligentia, agitur. Noli autem, lector benevole, existimare, mea esse, quæ sunt heic proposita; sunt potius maximam partem, immo fere omnia ex aliorum scriniis, quod ingenue fateor, quæque bona fide adlegavi, compilata. Neque tamen heic locorum, ubi extra bibliopolia vivere debemus, habere potui, quæ volui, sed aliunde mihi sivi adportari. Immo ne sic quidem fui ubique voti compos factus, dum frustra in exteris bibliopoliis libros sæpius quæsivi. Factum hinc, ut non ea, quæ ipse & optavi, & argumenti dignitas postulavit, potuerim accuratione pertractare omnia, neque ipsos libros evolvere, sed eorum adlegatione, ab aliis facta, debuerim esse contentus. Sicuti in argumento de Novi Testamenti versionibus JACOBI LELONG bibliothecam potissimum adhibere debui, *Kortholto, Huetio, Simonio & Hodio* non suppetentibus. Veniam ergo, lector benevole, sicubi erravi, errasse autem me, qui homo sum, negare nolim, dabis facile. Meliora si in amore monueris, cum gratiarum actione monita agnoscam, & minus recte posita emendabo. Sicubi etiam a celeberrimorum virorum sententiis heic discesserim, mihi id vitio eos non esse versuros, spero, quum summam ubique, sicuti par fuit, adhibuerim modestiam. Interim non eruditis, sed studiosis hæc scribere volui. Apud quos si hic qualiscunque meus labor adplausum fuerit inventurus, Deusque vitæ usuram longiorem & constantem valetudinem concessurus, argumentum hoc, eundem ad libros Novi Testamenti in specie, persequar, specialem com-

commentationem in lucem protracturus. *Meas interim institutiones theologicas per menstruas, ut vocant, dissertationes, loco de statu integritatis mox ad finem perducto, jam ab aliquo tempore continuare incepi, nec, si ita Deo visum fuerit, desistam, dum fuerint absolutæ.* Deum ter optimum, terque maximum precor, velit hanc meam opellam sua benedictione dignari, ut vergat in sui nominis gloriam, novi sui fœderis qualemcunque illustrationem, studiosæ juventutis commodum, & ad diligentem librorum Novi Testamenti lectionem incitamentum. Vale, lector benevole, in Domino.



§. I.



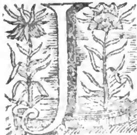
LIBER PRIMUS

CAPUT I.

DE JURISPRUDENTIA PRIVATA ROMANO-GERMANICA AC SCRIPTORIBUS EO PERTINENTIBUS.

SUMMARIA.

§. I.



Urisprudentiam in genere, esse vel *Universalem*, vel *Particularem*, ex statu Generis humani, legibusque, quibus homines reguntur, ultro liquet. Utriusque indolem in PROLEGOM. *ad Pufendorf. de O. H. & C.* exposui, quæ explicatio hic præsupponitur. De cætero utraque eodem ordine proponi potest, imo debet, nisi quod posterior, ob prolixitatem suam, in partes separari soleat, cum prior unâ serie proponi queat.

§. 2. Particularis totuplex est, quot numero sui juris civitates occurrunt. Sub ea igitur etiam *Romano-Germanica* continetur, quæ in *Publicam* & *Privatam*, ac hæc rursus in *Civilem*, *Feudalem* & *Ecclesiasticam*, distingvi solet. Prima distinctio, necessaria est, cum enim status Germaniæ sit valde involutus, ideo merito seorsim expenditur ac adeo à Jurisprudentiâ Privatâ, Publica separatur, cujus indolem & placita in SPECIM. JUR. PUBL. ROMANO-GERM. breviter exposui.

§. 3. Sed ulterior Jurisprudentiæ Privatæ distinctio fieri quidem potest, ac ipse jus Feudale & Ecclesiasticum in SPECIM. JUR. FEUD. & ECCLESIAST. seorsim explicavi, attamen illa non est necessaria, imo conjuncta expositio id commodi habet, quod nonnullorum repetitionem, in separata tractatione faciendam, evitare liceat, denique separatio, quatenus non aliud fundamentum, quam tria illa Jura extranea, Romanum, Canonicum & Feudale, præsupponit, plane improbari debet.

§. 4. Quicquid sit, mihi jam totam Jurisprudentiam Germanicam privatam, non tantum uno contextu proponere, sed & statui Germaniæ propius attemperare, ac legum Extranearum, ac præcipue Romanarum, verum habitum & usum libere ostendere propositum est. Primò ratione consvetudine id jubente, indoles Disciplinæ est explicanda, adeoque ea, quæ de Jurisprudentia Feudali & Ecclesiastica alibi seorsim dixi, ad totam Jurisprudentiam privatam applicari, magisque, prout conditio Objecti exposcit, excoli debent.

§. 5. Ad exemplum cujusvis Jurisprudentiæ, etiam Germanica privata triplici modo supponi potest: (1) pro *legum privatarum, in Germania valentium, notitiâ*, (2) pro *habitu eas intelligendi*, (3) pro *legum illarum aut*

aut etiam doctrinæ inde concinnatæ complexu seu systemate; nam triplicis hujus suppositionis, aliquoties jam inculcatæ, me nondum pœnitet, cum sine ea indoles disciplinæ hujus solide intelligi nequeat.

§. 6. Primo sensu, est *legum Germanicarum privatarum cognitio, habilibus mediis eo fine acquisita, quo eâ uti, ac hac ratione virtutis studium, & felicitatem Reipublicæ temporalem promovere queamus*, nam ex legitimo scopo, non abusu, rei alicujus indoles æstimanda, de cætero hoc respectu, *Notitiæ*, *Scientiæ* vel *Artis* titulus, optime ei convenit.

§. 7. Dicitur *cognitio*, quo nomine adeo quicquid scitu est necessarium, comprehenditur, hinc non tantum huc pertinet *interpretatio* & *applicatio legum*, quibus vulgo omnem Jurisprudentiæ ambitum metiuntur, sed & *actionum humanarum*, *legum*, *rerum moralium*, *justitiæ & injustitiæ*, *imo ipsius interpretationis & applicationis cognitio*, quæ sub illa non continetur. Spectatur autem illa cognitio vel in *possessione*, vel in *usu*, hæc illius *finis* & *effectus* est, nam ideo leges in Germania occurrentes cognoscimus, quo illa cognitione in scholis, vita civili vel foro utamur.

§. 8. Inhæret illa cognitio *menti humanæ*, & consequenter *hominibus*, ac omnes quidem Germaniæ Subditi eatenus leges Germanicas callere debebant, quatenus illæ regendis actionibus propriis, maxime frequentibus, requiruntur, sed in plerisque maxima est ignorantia, cujus rei causa à legum multitudine, confusione nimiaque nonnullarum subtilitate, præcipue dependet. Qui autem professo studio legum notitiam sibi comparant, illi *Jurisperiti*, *Consulti* aut *Prudentes*, audiunt, quibus etiam cura legum docendarum & applicandarum, ab Imperante concedi solet. De cætero memorati Tituli diversum cognitionis gradum arguunt, interim ille promiscue usurpari solet, cui maxima dignatio inesse censetur, imo non infrequens est ut Leguleji, Rabulæ & legales Grammatici, titulo ICti superbiant.

§. 9. *Objectum* hujus Cognitionis sunt *Leges privatæ Germanicæ* i.e. in Germania autoritatem habentes, & nihil refert, sive sint, quoad originem, *divinæ* vel *humanæ*, *expressæ* vel *tacitæ*; A notissimo autem discrimine, distingvuntur illæ in *domesticas*, quæ ab ipsis Germanis sunt conditæ, & *Extraneas*, quæ alibi natæ, in Germaniam sunt receptæ, quo pertinet Jus *Canonicum*, *Romanum* & *Feudale Longobardicum*, de omnibus suo loco explicatius agemus; in genere recte dici possunt

civiles i. e. ab Imperio civili autoritatem habentes. Sicut autem sub legibus, *res* & *affectiones morales*, velut effectus, continentur, ita *personas earumque actiones*, ut & *res*, quarum intuitu leges aliquid disponunt, huc etiam pertinere, manifestum est: leges & res morales, sunt objectum Jurisprudentiæ *formale* & *proprium*, personæ & res, *materiale* & *commune*.

§. 10. Acquiritur legum Germanicarum privatarum cognitio per *Rationem*, commune illud omnium disciplinarum humanarum principium & subjectum, ex *promulgatione*, dum Imperans vel expresse leges dat, vel à subditis factas approbat, vel alibi natas expresse aut tacite admittit, vel etiam dum ex iis omnibus scripta conficiuntur. De cætero solo illo principio, Ratio niti potest, si subditis saltem legum observantia inculcanda sit, ast si Imperantibus veritas, indoles aut justitia earum nonnunquam demonstrari debeat, ad ultimum legum divinarum principium recurrendum est.

§. 11. Quo autem cognitio illa solide acquiratur, requiritur, (1) *nativa mentis bonitas*, (2) ut *animus genuinis juris naturalis principiis & historiæ legalis cognitione probe sit præparatus*, quibus si accedat (3) *studiorum adminiculantium ac inprimis juris publici notitia*, tum eo solidius certiusque legum privatarum cognitio acquiri poterit. His præsuppositis vel accedentibus, memoratam modo cognitionem præstat *diligens legum Germanicarum privatarum tractatio*, quæ summatim *theoria* & *praxi*, seu *meditatione* & *usu* absolvitur. Ad Theoriam pertinet *lectio*, *institutio*, *doctrina*, & quæ præcedentium est complementum, *propria meditatio*. Praxis vero consistit in *legum ad casus evenientes applicatione*, quam quis vel ipse facit, vel experitis intelligit.

§. 12. Cognitionem igitur impediunt (1) naturalis stupor, (2) negligentia, (3) vana doctrina, (4) perversa docendi discendique ratio, (5) defectus solidæ praxeos. Ex quibus ultro liquet, sicut alias, ita etiam in cognitione legum Germanicarum privatarum dari gradus, eosque satis notabiles, pro diversa scilicet *præsuppositorum*, *studiorum adminiculantium*, *modi acquirendi*, & *impedimentorum* conditione.

§. 13. Cognitionis *Finis* est triplex (1) *ut illa utamur*, quod fit, dum vel leges alios docemus, vel casus in vita civili occurrentes, juxta illam decidimus, & utrumque quidem vel viva voce, vel in scriptis, diversimode iterum se, pro scopo scriptoris, habentibus. Nam aliquando

do singularia tractantur, dum controversia aliqua disceptatur & componitur, aliquando verò plures leges conjunctim explicantur, aut, conatu operosiore, totus legum privatarum apparatus, idque vel breviter, vel prolixe, exhibetur: Prius, ad forum, posterius, ut & doctrina, viva voce, peragenda, ad scholas pertinet, illud regulariter magis lucrosum, hoc magis tædiosum & difficile esse solet.

§. 14. Ex his liquet, quod legum privatarum *interpretatio* & *applicatio*, recte pro *fine* & *effectu* aut *operatione* Jurisprudentiæ habeatur, nec tamen illæ omnem hujus usum exhauriunt, *v.* §.7. Cum porro cognitionem legum privatarum ideò acquiramus, quo *muneri publico* præesse, vel, in genere, vitam *honesto modo* transire liceat, hinc hæc etiam pro *fine*, cognitioni illi *implicito*, non tamen Jurisprudentiæ privatæ *proprio*, sed cuivis potius arti nobiliori, *communi*, haberi possunt.

§. 15. Postea laudatæ Cognitionis scopus est, ut (2) *eidem actiones nostras attemperemus, quo ita virtus vigeat*, ac hac ratione (3) *Reipublicæ Germanicæ tranquillitas & felicitas promoveatur.* Intendit autem Jurisprudentia *externum* quoddam virtutis exercitium, *præcipiendo* ac *pœnas minando, v. l. 1. §. 1. de J. & J.* sed *internum* & *sublimius*, non quidem negligere, at *suadendo* saltem eò conniti debet, vis enim, scopo illi producendo, est inidonea. Interim sæpe contra hoc, ex imprudenti zelo vel malitia, peccatur, dum excitandæ veræ cognitioni & pietati, violenta remedia adhibentur. Virtus etiam *externa sublimior*, extra coactionem & pœnas, constituta esse solet.

§. 16. Jurisprudentiæ Germanicæ privatæ *Ordo*, ex *Objecto* quoque oritur, hinc fabulæ, de methodo quadam synthetica vel analytica, integræ doctrinæ applicanda, cessare debent *v.* ART. COGIT. *c. 15. §. 8. seqq.* De cætero sicut, Ordinem Jurisprudentiæ Universalis & Particularis in genere, conspirare debere, *§. 1. h.* admonui, ita, in specie, Jurisprudentia Germanica, pro captu suo, illi attemperanda est. Jurisprudentiæ Universalis Ordinem, in PROLEG. *ad Pufend. de O. H. & C. §. 24. seqq.* delineavi. Juxta hanc igitur delineationem, etiam Jurisprudentiæ privatæ Germanicæ, duæ partes generales constituendæ erunt, *Præliminaris* quæ indolem illarum rerum, quæ per universam Jurisprudentiam se diffundunt, explicet, & *Principalis*, quæ argumentum legum, in Germania valentium, tradat.

§. 17. In prima itaque parte agendum est de actione humana, le-

gibus Germanicis, jure & obligatione, actionum humanarum moralitate, ac speciatim de delictis eorumque pœna, de actionibus forensibus nec non de interpretatione & applicatione legum. Quando harum rerum cognitione animus imbutus est, tum recte, ad cognoscendum legum Germanicarum argumentum seu tenorem, progreditur, hinc pars altera, sive principalis existit, quæ in genere ostendit, quod *leges Germanicæ varia jura & obligationes hominibus tribuant ac imponant*, præterea *modum jura contra invitos sibi asserendi determinent.* Summatim igitur pars principalis duobus capitibus constat, quorum alterum *jus constitutum*, alterum *jus processu legitimo obtinendum* sive *juris asserendi modum* exhibet. Utrumque, præcipue tamen prius, late patet, ac, prout natura objecti & status Reipublicæ Germanicæ exigit, repræsentari debet, quod qua ratione nobis peragendum videatur, re ipsa in sequentibus ostendemus.

§. 18. Id autem in genere tenendum, quod in omni Jurisprudentia Germanica, ita nos versari oporteat, ut, præsuppositis generalibus, specialia tractentur, hinc inprimis ex legibus divinis conclusiones magis speciales eliciendæ, ac cum legibus humanis, ad negotia civilia applicandæ sunt. Quam tractandi rationem Autores juris Romani ejusque Interpretes sæpe negligunt, dum generalissima de Jurisprudentia, legibus, jure naturali & Gentium nec non de justitia afferunt, atque ita conceptus legulejos, qui ex pygmæo gigantem, ex disciplina speciali, generalem effingere solent, satis produnt.

§. 19. Datur etiam in Jurisprudentia Germanica aliqua *Certitudo*, quoad facta tamen humana & leges positivas, sæpe saltem *Probabilitas* occurrit. Imo cum in Germania plures leges, antiquæ & novæ, domesticæ & extraneæ reperiantur, atque hinc sat gravis disciplinæ morbus existat, ideo, hoc certitudinem sæpe impediri, negandum non videtur. Quodsi tamen calculum recte subducas, cum plerisque incertitudinis speciebus, ne præsenti doctrinæ noceant, transigi posse videtur, vel enim occurrunt dubia (1) *historica* aut (2) *Critica* quæ ad disciplinam legalem non adeo pertinent, vel saltem usum præsentem impedire nequeunt, vel (3) de *valore* aut (4) *sensu legum* ambigitur, quibus incommodis sua decisione Imperans mederi potest.

§. 20. Jurisprudentia Germanica privata habitualiter accepta *vid.* §. 6. est *Habitus mentis, leges privatas, in Germania valentes, resque* iis

iis connexas, rite intelligendi, ad obtinendos fines antea indicatos, hoc sensu titulus *prudentiæ*, *aptitudinis* vel etiam *artis* ei optime convenit. Mens humana, leges Germanicas nativa quidem vi intelligit, sed habitus ei superinductus efficit, ut eo promtius & certius illas intelligere possit. Atque de hoc habitu vulgo fere tantum loquuntur, quando Jurisprudentiæ indolem exponunt, quod insufficientem hujus rei cognitionem arguit, nisi forte hoc nomine tam habitum, quam cognitionem, adeoque totam Jurisprudentiam mentalem intelligunt.

§. 21. Inhæret habitus hic *Menti*, hinc etiam huc pertinent, quæ §. *8*. diximus, versatur quoque circa *Objectum*, quod §. *9*. retulimus, eodem porro *principio demonstrandi*, quod §. *10*. relatum est, nititur, amplius illis *mediis*, quæ §. *11*. *12*. commemoravimus, acquiritur, *finem* denique, §. *13*. *14*. *15*. indicatum, intendit, hæc enim omnia Cognitioni & Habitui sunt communia. Id præterea observandum, quod Habitus cum notitia legum simul acquiratur, semel autem acquisitus cognitionem amissam vel obliteratam restituat, aut acquisitam augeat, nam sola cognitio debilis est, & facile perit, sed habitus menti superinductus, tenacior est, mentemque, ad recuperandam augendamque notitiam, aptam reddit.

§. 22. Cognitione legum, & habitu acquisito, varie nos uti posse & debere, ex §. *13*. *14*. *21*. patet. In specie igitur vel Legislator, vel homines privati, cognitionem suam scripto committunt, ex quo oritur Jurisprudentia Germanica, systematice accepta, *vid*. §. *5*. quæ est *complexus legum privatarum in Germania valentium, aut doctrinæ inde compositæ, eo fine concinnatus, ut cognitionem necessariam inde hauriant ii, qui legibus illis vivunt, atque ita reliqui fines* §. *13*. *14*. *15*. *indicati sequantur*. Hoc sensu, nomen *Codicis Legum*, aut *Disciplinæ* vel *Doctrinæ*, ei rectissime tribuitur.

§. 23. Consistit adeo Jurisprudentia Systematica ex legibus Germanicis, aut doctrina inde confecta, hinc quæ de earum subjecto §. *8*. indole §. *9*. cognoscendi principiis §. *10*. mediis acquirendi §. *11*. *12*. fine §. *13*. *14*. *15*. ac inprimis ordine §. *16*. *17*. *18*. & certitudine §. *19*. diximus, illa omnia etiam huc applicari possunt. Quoad *finem* tamen specialiter adhuc notandum, quod Jurisprudentiæ Systematicæ *finis proximus*, sit *Jurisprudentia pro cognitione & habitu supposita*, nam eo fine systemata conficiuntur, ut cognitio legum, habitusque leges recte

recte intelligendi, acquiratur, hoc autem obtento, reliqui fines, *§. 13. 14. 15.* laudati, sequi debent.

§. 24. Licet autem *Jurisprudentiæ Systematicæ* finis, aliquando sit *Jurisprudentia mentalis*, adeoque illa, hac sit prior, attamen pro diversitate respectuum, *illa* quoque *hujus* potest esse finis, adeoque ea posterior, nam aliquando ex notitia oritur Scriptum, & hoc, notitiæ conservandæ & acquirendæ causa conficitur, hinc unum intendit alterum, & utrumque diverso respectu causa & effectus est.

§. 25. Interim sicut in genere Jurisprudentia mentalis, natura sua prior est Systematicâ & Scriptâ, ita idem in specie dicendum de Jurisprudentia Germanica privata, nam prius Germani intellectu tenuerunt quasdam leges, & vel communia Rationis dictamina, antequam ea Scripto complexi sint, inprimis cum Scripta in genere illis olim non valde fuerint usitata. Postea ex intellectu in Scripta, ac ex his iterum in illum, Jurisprudentia Germanica redacta est, qua vicissitudine, hodienum quoque durante, aliquis Artis habitus, sed adhuc valde imperfectus, nec facile ad perfectionem deducendus, ei circumpositus est.

§. 26. Sicut autem Jurisprudentia Systematica ab Imperante confecta majoris est autoritatis, eâ, quæ à privato conficitur, ita deinceps nonnulla commemorabimus, quæ, si non unice, certe primario ad posteriorem pertinent. Et primo quidem dubium non est, quin Jurisprudentiam Germanicam privatam, in Academiis tractare liceat, de quo alias, quoad Publicam, sed sine ratione, dubitari solet.

§. 27. Deinde cura concinnandæ docendæque Jurisprudentiæ privatæ, iis, qui *JCti* audiunt, demandari solet, hoc enim respectu, nulla ipsis movetur controversia, quamvis quoad *Universalem* in genere, & *Particularem publicam* aliud obtineat, dum utramque *Philosophi*, quos vocant, sibi etiam asserunt. Mihi in ejusmodi contentionibus, magis *humanitatis*, quam *instituti cujusdam humani* ratio habenda esse videtur, sed voluntas Imperantis, si accedat, hic merito observatur.

§. 28. Licet Jurisprudentiæ privatæ Objectum, ceu *§. 9.* diximus, sint *Leges privatæ*, attamen quæ tales proprie sint, & quibus adeo limitibus, studium juris Privati & Publici discernatur, non adeo liquidum est, certe Scriptores, qui allatum discrimen agnoscunt, imo se id observaturos fatentur, re ipsa limites illos valde turbant. Mihi ita vide-

videtur: Leges, quæ ſubditos conſtitutos, quam ſplendidæ etiam ſint conditionis, concernunt, ſunt privatæ, adeoque ad Jurisprudentiam privatam ſpectant.

§. 29. Porro Imperantes, juxta reſpectum privatum, puta ut mariti, domini, patres, tutores, teſtatores, contrahentes, delinquentes & litigantes, ſpectati, legibus privatis vivunt, adeoque ad privatam juris diſciplinam referri debent, quamvis quædam eorum conditio, ſit velut mixta, adeo ut ejus intuitu, ad jus publicum quoque pertineant, nam v. g. Imperantes etiam qua tales, contrahere, tutores dare, teſtari vel delinquere poſſunt.

§. 30. In ſpecie quoad Principes Imperii Germanici, aliosque Proceres, qui ſuperioritate territoriali gaudent, obſervandum, quod aliquando ſolum ut *privati*, aliquando inſuper ut *ſubditi* conſiderari queant. Primo reſpectu ſaltem ſubſunt legibus privatis *divinis*, ſecundo vero, etiam *humanis*, ſic matrimonia, tutelæ, teſtamenta, contractus & delicta Statuum Imperii Germanici, ſaltem ex jure divino æſtimare par eſt, nam licet heic ut privati ſpectentur, attamen conditio imperandi præſupponitur, ſed quoad proceſſum & pœnas, leges quoque humanæ autoritatem habent, nam hoc reſpectu, pro imperio, Reſpublica Germanica aliquid in eos decernere poteſt, adeoque illi ſubditorum loco ſunt. vid. SPECIM. JUR. PUBL. *l. 1. c. 1. §. 42. ſeq.*

§. 31. Solent autem, in tradenda Jurisprudentia Germanica privata, leges Extraneæ, ac præcipue, Romanæ fundamenti loco ſupponi, quod inſtitutum licet ea ratione defendi poſſe videatur, quod leges illæ, communia legum naturalium decreta contineant, eademque negotiis humanis applicent, adeoque non immerito pro fundamento habeantur, attamen ratio illa, inſtitutum hoc non ſatis tuetur, ſed id potius improbandum eſt, cum iſta docendi ratio non levia invexerit incommoda, ex quibus nonnulla, prout ſuccurrent, breviter indicabo.

§. 32. Primo jura illa extranea, non exhibent diſciplinam accurato ordine, ac, intra ſuos limites, contextam, ſed confuſum potius aliquod chaos ſiſtunt; Deinde Statui Germaniæ haud conveniunt, adeoque à tractatione legum utilium abducunt non tantum, ſed &

B varia

varia præjudicia ingenerant: Inprimis tertio, dum omnia ex illis, ac præcipue jure Romano, repetuntur, ratio & congenita ejus dictamina velut opprimuntur, ut ea, quæ omnibus hominibus communia sunt, à Romanis dependere, fere existimetur, imo eousque Legistarum insania procedere solet, ut communia ratiocinandi principia, aliasque veritates, propriis suis principiis suffultas, ex Legibus Romanis deducat.

§. 33. Oppressa ita Ratione quarto naturalia & positiva ac Romanis propria, eadem classe censentur, & omnia, pro legibus primariis & fundamentalibus, habentur, cum tamen positiva illa, juris saltem subsidiarii rationem habeant, præterea quinto leges corruptæ, papatum similiave vitia continentes, in censum legum utilium admittuntur. Non minus etiam sexto ista docendi ratio necessitatem, obsoletas leges tractandi, introducit ac laborem in immensum auget, curam vero legum Germanicarum excolendarum fere expungit, aut saltem efficit, ut parum cogitationum Germanarum, legibus illis, ab hominibus Germanis plerumque impendatur, & si quæ alia ejus generis incommoda adhuc occurrunt.

§. 34. Neque tamen ideo consultum fuerit, in excolenda Jurisprudentia Germanica, leges in Germania natas, fundamenti loco, supponere, nam hæ sæpe satis rudes, insufficientes parumque excultæ sunt, ut taceam, in plerisque antiquiores, non minus à præsenti Germaniæ Statu abludere, quam leges extraneas, ut illis quidem tuto & utiliter niti non liceat. Crediderim igitur, leges tam domesticas quam extraneas, cæmentorum, utilium & inutilium, loco saltem esse habendas, ex iisque methodo plana & naturali ita exstruendam, Statuique Germaniæ attemperandam esse Jurisprudentiam Germanicam privatam, ut communia legum divinarum decreta fundamenti loco supponantur, ac ex legibus in Germania valentibus ac præcipue Romanis (hæ enim, hac in parte, cæteris sunt ditiores) illustrentur magisque firmentur, iis vero deinde leges positivæ tam domesticæ quam extraneæ, instituto legitimo delectu, adjiciantur, quo præsens scriptio collimat.

§. 35. De Jure Publico alias observare solent, quod aliquamdiu inexcultum jacuerit, vid. SCHWED. *introd. ad Jus publ. part. gen. c. 1. §. 8.*

§. 35. ſed idem fatum non habuit Jus Privatum, verum, ex quo tempore literæ renaſci cœperunt, tam alibi, quam in Germania, magno fervore tractatum eſt. Sed cum utplurimum Scriptores ſolida & genuina principia negligant, præjudiciis vero, ex jure extraneo hauſtis, mirum in modum laborent, præterea de diſciplina Reipublicæ ordine legitimo attemperanda, debitisque limitibus circumſcribenda, haud ſint ſolliciti, ideo tantum abeſt, ut iſto conatu ad perfectionem illa ſit deducta, ut tantus cultorum numerus, etiam morbum auxerit.

§. 36. Alias in excolenda Jurisprudentia, Scriptori & Interpreti tanta competit Libertas, ut verum aſſerere & defendere queat, quæ aſſertio licet modicum quid, & vix obſervatione dignum, ei tribuere videatur, attamen, ſi conſectaria ſpectes, plus eſt, quam vulgaris credit ſuperſtitio, nam vi Ejus, non tantum à Viris maxime autoritatis, ſed & ab ipſo Legislatore, diſſentire poteſt, ſcilicet quoad veritates, quæ ab Hujus arbitrio non dependent, ſed ex propriis ſuis principiis reſultant.

§. 37. Calculo igitur rite ſubducto, autoritas Legislatoris extra contradictionem ſaltem poſita eſt, quoad veritatem legum humanarum, nam hæc ab ejus arbitrio unice dependet; Aſt legum illarum æquitas, prudentia & applicatio, liberæ diſquiſitioni ſubjacent, adeoque lapſus Legislatoris iſto reſpectu annotare, omnino fas eſt. Multo magis libertas illa, circa explicationem juris divini, aut veritates phyſicas, hiſtoricas ſimilesve occurrit, quæ nunc prolixe deducere, extra propoſitum eſt.

§. 38. Solet Jurisprudentia privata, ab Objectis ſuis generalioribus, ſpecialius denominari, quod ſit vel *Civilis* ſeu *Allodialis*, vel *Feudalis*, vel *Eccleſiaſtica*, imo ſolet, juxta illa objecta, ſeparari ac in Diſciplinas peculiares diſcerni, quæ ſeparatio etiam efficit, ut indoles ſingularum diſciplinarum ſit explicanda, adeoque ſingulis fere ea, quæ hic in genere de Jurisprudentia privata diſſerimus, applicari debeant, prout Jurisprudentiæ Feudalis & Eccleſiaſticæ exemplo alibi oſtendi, ſed conjuncta tractatio nobis iſtum laborem jam lucrifacit.

§. 39. Sunt tamen circa Jurisprudentiam privatam Germanicam, quatenus Eccleſiaſtica audit, nonnulla hic admonenda, quæ plenius paululum in SPECIM. JUR. ECCLES. *l. 1. c. 1.* propoſui. Nimirum

Jurisprudentia, quatenus Ecclesiastica est, revera datur, *d.c.1.§.1.2.3.4.5.6.7.* & nititur nonnullis præsuppositis, quæ Theologia, Jurisprudentia universalis, & Particularis Publica tradunt, *d.c.1.§.8.9.10.*

§. 40. Præterea in Germania, triplex reperitur (1) quæ circa Status Imperii Germanici Ecclesiasticos occurrit, & pars Jurisprudentiæ Publicæ est, (2) quæ cultum divinum juxta papales, ac (3) quæ eum, juxta veras & legitimas hypotheses, dirigit, *d.c.1.§.11.12.13.14.15.16.* Ultima saltem huc pertinet, circa quam generaliter præsupponendum, quod imperium papale, sit mera impostura, & quod libertas ac imperium, Statuum Reipublicæ Germanicæ Protestantium, quoad sacra, sint legitima, *d.c.1.§.17.18.*

§. 41. Porro quemadmodum Jurisprudentiæ partes, juxta objecta illa, à se invicem differunt, ita inprimis Jurisprudentia, quatenus Ecclesiastica est, à Theologia discerni debet; Hæc explicat ipsam religionem, illa vero leges ad externum religionis exercitium & habitum pertinentes tradit; quod discrimen, in objectis specialibus, ut baptismo, sacra cœna similibusque, liquidius potest intelligi, *d.c.1. §.45.46*

§. 42. Interim Confusio hic est frequentissima, cum sæpe, qui jura, v. g. baptismi, explicant, ad specialissimas quæstiones Theologicas delabantur. Quo loco tamen observandum, ejusmodi disquisitiones non semper reprehendendas esse; Si quis sine judicio & delectu, Juridica & Theologica simul tractet, ejus institutum merito improbatur, idem est, si in doctrina Theologica nihil desideres, nam tum merito illa præsupponitur, ast si dogmata communia, non satis certa videantur, & ea tamen tractationi juridicæ sint præjudicialia, tum eorum explicationem merito sibi JCtus etiam asserit; Sic nemini vitio verti poterit, si disquirat, an Sabbathum, confessio auricularis & similia, sint institutionis divinæ, an hæretici tolerandi? &c.

§. 43. Ad studia, Jurisprudentiæ Germanicæ privatæ *fundamentalia*, pertinet *Doctrina juris naturalis* & *Historia legum*, quanquam hæc etiam, pro illius parte, haberi potest; Ad *adminiculantia* vero, præcipue *Jurisprudentia Publica*, *Theologia & Medicina*, nam harum præsuppositis frequenter nititur Jurisprudentia, adeoque earum cognitio JCto non potest non esse utilissima.

§. 44. Do-

§. 44. Docendo Juri Romano præſtituit Juſtinianus *quinquennium in Conſtit.* Omnem *§. 2. ſeqq.* quod tempus in Germania quoque, docendæ & diſcendæ Jurisprudentiæ Germanicæ, obſervandum eſſe, nonnulli exiſtimant, *vid.* MÜLLER. *in Diſput.* de quinquen. ſtud. jur. *hab. Jen. 1689.* ſed iſtam ſententiam Legulejorum ſuperſtitioni annumerandam eſſe, exiſtimo. Licet enim, negando quinquennii illius uſui, forte non ſatis valide *R. J. 1654. §. 28.* allegetur, attamen non opus eſt, ut de tali probatione ſimus ſolliciti, cum in univerſum ſanctionis Juſtinianeæ receptio probari nequeat.

§. 45. Nam (1) receptum quidem eſt jus Romanum, ſed an etiam præliminares illæ Conſtitutiones, quas Juſtinianus Pandectis & Codici præmiſit, receptæ ſint, id non perinde liquet. Imo cum (2) receptio ex uſu fori, eumque nonnunquam ſecuta Receſſuum Imperii confirmatione, judicari debeat, inde, Conſtitutiones illas non eſſe receptas, probabile fit, quis enim credat, facile caſum, in Germania, ex iſtis Conſtitutionibus eſſe deciſum? Atque id veriſimilius fit, ſi expendas (3) quod quinquennium illud vix recipi potuerit, cum ad Germaniam non quadret.

§. 46. Si enim quinquennium receptum eſt, pertinebit illud ſaltem ad Jus Juſtinianeum! quid ergo cæteris Jurisprudentiæ partibus fiet? ſi autem ad has etiam illud extendendum eſſe putetur, quo fundamento nititur illa extenſio? nam tacitæ receptioni non ineſt juris recepti interpolatio! imo quid fiet Juſtiniani partitioni, qua ſingulis partibus, certos aſſignavit annos, ſi hanc negligere licet, cur non etiam totum quinquennium? Ex quibus ſatis probabiliter liquere videtur, ſtudia Germanorum, ratione temporis, eſſe libera; In univerſum etiam ſimplex & inconcinnum eſt, ſi diſciplinas, perinde ut operas manuarias, certo tempore circumſcribas; Docendæ diſcendæque Jurisprudentiæ ſpatium, ingenio, dexteritate ac diligentia Docentium pariter & Diſcentium, non menſium annorumque numero, definiri debet.

§. 47. De cætero Jurisprudentia Germanica privata, minus bene *conſtituta* eſt, ſed gravibus laborat morbis, hinc etiam parum commode in Scholis *doceri* & *diſci* poteſt. Morbi ſummatim vel in *ipſa doctrina*, vel in *docendi modo* occurrunt. Prioris generis ſunt (1) quod

B 3

quod, ubi argumentum legum proponitur, omnibus Gentibus communia & propria, ſeu naturalia & poſitiva, non diſcernantur, (2) quod leges extraneæ, ac inprimis Romanæ, ultra modum æſtimentur, in præjudicium & opprobrium legum naturalium & Germanicarum, (3) in poſitivis legitimus non habeatur delectus, & peregrina domeſticis, contra intentionem Imperantium, ſæpe præferantur, (4) quod tantus legum extranearum & domeſticarum ſit numerus, confuſio & incertitudo, (5) in legibus domeſticis antiquioribus nimia ruditas ac inſufficientia, (6) in extraneis miſera vanaque ſubtilitas, papatus aliaque corruptio reperiatur, ac denique (7) quod leges proceſſuales ſint corruptiſſimæ, ſcopoque, quem ſibi præfixum habere debebant, producendo inidoneæ.

§. 48. Poſterioris generis ſunt (1) quod tota diſciplina accurato ordine non ſit contexta, nec (2) ſtatui Germaniæ rite attemperata, nec (3) debitis limitibus circumſcripta ac à Juris publici ſtudio diſtincta, (4) quod in tractatione materiarum ſpecialium, vel nulla vel inepta, ac ex falſis conceptibus orta, vel denique manca & inſufficiens methodus plerumque occurrat. In ſumma talis eſt docendi ratio, ut ad eam eximie quadret incommodum, quod Juſtinianus ſua compilatione amoviſſe videri voluit, *§. 2. I. de J. & J.* ſed non amovit, verum confirmavit & auxit, ut nempe illa *aut deſertorem ſtudiorum efficiat, aut cum magno labore & diffidentia, juvenem ſerius ad id perducat, ad quod leviore via ductus, ſine magno labore, & ſine ulla diffidentia maturius perduci potuiſſet.*

§. 49. Agnovere ſane jam multi Jurisprudentiæ morbos, ac de iis tollendis, conſilia dederunt, ſed, eſſe illa inconſulta, vel inde liquere videtur, quod nemo, quod ſciam, proprium conſilium exequi hactenus ſuſtinuerit. Si autem propius res ſpectetur, plerique illi conſulentes, morbum ignorant, ac per media leguleja illum tollere conantur. Ego re ipſa emendationem, in quantum hæc privato arbitrio ſubeſt, ſuſcipere decrevi, quæ ſi minus bene ſe habeat, tamen excuſatius ſaltem erravero, quam ſi evanido aliquo conſilio lectoribus velut illuſerim.

§. 50. Interim qualiscunque etiam ſit Jurisprudentia, ejus tamen aliqua *utilitas* eſt aſſerenda, cum fundamentis ſocialitatis illa utcun-

cunque nitatur, ac communem amicitiam inter homines conservare intendat, hinc si ejus decreta observentur, vita non plane infelix inter homines futura esset. Sed in societate civili & foro plerumque aliis regulis vivitur. Potentes illimitatæ philautiæ indulgent, & sub horum clypeo, quisque pro ratione status sui, pravis affectibus, quantum fieri potest, velificatur, hinc bellum omnium contra omnes, non semper quidem apertum (hoc enim corruptæ philautiæ regulis non congruit) sed clandestinum, ac status corruptissimus inter homines enascitur.

§. 51. Jurisprudentiæ privatæ Scriptores, de quibus deinde dicendum, quod attinet, ingens eorum est numerus, nec ego de iis sigillatim nunc agere, sed fundamenta solum, ad eorum dijudicationem pertinentia, proponere decrevi, nam plane silendum non est. In universum Scriptores distingvi possunt in *Præparatorios*, quales sunt, qui jus naturale excolunt, ac historiam legum tradunt, quamvis hic maximus, quoad leges Germanicas antiquiores, sit defectus, & *Principales*, qui ad ipsam juris privati disciplinam pertinent, nam de Scriptoribus Disciplinarum adminiculantium *v. §. 43.* etiam dicere non opus est.

§. 52. Scriptores Principales seu Proprii, eodem modo, quo Juris Publici Scriptores partitus est BOECLER *N.I. l.1. c.4.* disparari possunt. Nimirum sunt vel *Systematici*, qui integram disciplinam, vel saltem præcipuas ejus partes, nempe Jurisprudentiam Civilem, Feudalem vel Ecclesiasticam, per compendia, aut systemata majora excolunt, vel *Singulares*, qui argumenta singularia tractant, quorsum inprimis etiam pertinet magnus ille dissertationum juridicarum apparatus, vel *Subsidiarii*, qui materiam juridicam colligunt, ut Lexicographi, Locorumque communium Concinnatores, vel jura per occasionem illustrant, quales, quoad leges Romanas, sunt Scriptores Comici & Satyrici.

§. 53. Est autem Notitia Scriptorum juris privati, vel *Superficiaria*, qua quis nomina Autorum, ac editionis formam, numerum, tempus, locum & similia intelligit, vel *Solida*, qua quis præstantiam vel infantiam Scriptoris penitius novit. Esse de cætero notitiam illam, necessariam ac utilem, facile liquet, debebat tamen illa saltem esse adminiculum, non studium principale, in quod tamen, ut in aliis disciplinis, ita hic etiam eadem sæpe transformatur, quod institutum eo magis im-

proba-

probari debet, quo sæpius in solam cognitionem superficiariam desinit.

§. 54. Solida notitia ex relationibus & judiciis, quæ de Scriptoribus impressa leguntur, ut alibi, ita hic etiam, vix haberi potest; raro enim odiosam veritatem profitentur, sed utplurimum in laudem, quam veram censuram, sunt procliviores. De cætero tamen judicia illa, si occurrant, non plane sunt negligenda, cum ulterius cogitandi ansam suppeditent. Cognitio itaque solida, non aliunde, quam ex ore cordatorum Doctorum, ac inprimis, ex lectione propria, advenit, & ad eam acquirendam, in universum ad *methodum*, *materiam*, *decisionem* ac *modum proponendi* respiciendum esse, intuitu Scriptorum Juris publici admonui in SPECIM. JUR. PUBL. *l. 1. c. 1.* §. *85. seqq.* quod ad juris privati Scriptores etiam quadrare, non dubito.

§. 55. *Methodus* est vel *Universalis*, totius disciplinæ, vel *Singularis*, cujusvis materiæ. Utriusque in Scriptore est habenda ratio, videndumque, an res naturali ordine exhibeantur, an confuse & præpostere sistantur, ac utrum adeo ex solida cognitione, an ex falsis conceptibus methodus proficiscatur, ex qua diversitate deinde Scriptori, qui methodo aliqua rem exhibuisse videri vult, pretium, hoc intuitu, statuendum est, nam boni ordinis necessitas eodem argumento ostenditur, quo veritatis inquisitio necessaria esse probatur, de quo in PRÆFAT. SPECIM. JUR. PUBL. & in ART. COGITAND. *c. 14.* §. *76. seqq.* plura dixi.

§. 56. Circa *materiam* considerandum, an sit illa disciplinæ *propria*, an *aliena*; deinde, *selecta* an *protrita*, amplius scopo *conveniens* an ab eo *abludens*, denique *sufficiens*, an *manca*, nam ex hac etiam diversitate, diversum Scriptorem mereri pretium, mihi penitus persvasum est. In specie illum censuram incurrere arbitror, qui materiam alienam, vel scopo non convenientem proponit, utut illa in se spectata, bona & cognitu necessaria sit, nam ista tractandi ratio, oscitantiam minimum Scriptoris ostendit, quod si tamen quis materiam rariorem, præmissa excusatione, adducat, is extra reprehensionem erit.

§. 57. An *decisio* bona sit nec ne, id ex his præsuppositis judicandum arbitramur: (1) an Scriptor solidis juris naturalis principiis imbutus, omnium Gentium communia, & huic vel illi, propria discernat. (2) an in positivis legitimum instituat delectum, iisque juxta eorum

rum prærogativam utatur. (3.) an eadem ex rationibus propriis explicet. (4.) an in iis applicandis, debitam adhibeat circumspectionem. (5.) an vitia legum positivarum, puta iniquitatem, imprudentiam, papatum, vanas subtilitates ac inventa rabularia, intelligat ac observet, an vero illa omnia vel pleraque negligat, nam ex his scriptoris æstimationem intendi vel elevari, cum ratione negari nequit.

§. 58. Quoad *modum proponendi* spectandum est, utrum Scriptor cogitata sua stilo puro, ac rei tractandæ conveniente proponat, an vero barbarismis ac solœcismis scateat, vel dictione arida & hiulca omnia persequatur, aut stribligine scholasticæ philosophiæ similive vexetur, & eadem chorda semper oberret, seu crocitu vel coccysmis molestus sit, nam ea etiam, in variando Scriptoris pretio, aliquas habere partes certum est.

§. 59. Jam si, juxta hæc fundamenta, de Scriptoribus juris privati Germanici *Systematicis & Singularibus* (de *Subsidiariis* enim ex sola materia judicandum videtur) ferendum sit judicium, *bona methodus* sæpe deficiet, nam utplurimum Scriptores præjudicio methodi Analyticæ & Syntheticæ laborant, vel ordinem juris Romani, ac in specie Institutionum Justinianearum, i. e. meram confusionem, sequuntur, in tractatione vero thematum specialium, abusus methodi causalis, quem in ART. COGIT. *c. 15. §. 36. seqq.* delineavi, non raro eminet.

§. 60. Quoad *materiam*, de *Singularibus* quidem in genere nihil dici potest, sed quosdam finem propositum assequi, aliosab eo aberrare, recte attendentibus constabit. *Systematicos* vero regulariter hic deficere, omnino dicendum est, cum enim leges extraneas, fundamenti loco supponere soleant, quis dubitet, quin illi multa obsoleta, inutilia ac à Statu Germaniæ plane abludentia proponant, ac è contrario ea, quæ scitu necessaria sunt, omittant? inprimis jura privata Statuum imperii Germanici, nullibi recenseri solent.

§. 61. Requisita *bonæ decisionis*, fortassis etiam in Scriptoribus, præcipue Systematicis, non raro deficiunt, quis enim de solidis juris naturalis principiis est sollicitus, cum vix ante aliquot annos in scholas juridicas disciplina illa introduci cœperit, adhuc vero autoritatis præjudicio valde prematur? & quis adeo communia & propria discernit? quicquid potius v. gr. Romanum est, illud universale creditur,

tur, hinc omnibus Gentibus communia, à Romanis, inepta extensione, repetuntur, ac eadem absurditate, his propria, illis crude nimis obtruduntur.

§. 62. Quis porro in positivis legitimum instituit delectum, iisque, juxta eorum prærogativam, recte utitur? Positiva Germanica dubio procul extraneis præferri debebant, sed, illa ex his restringi debere, vel jura Germanica, velut statutaria aut particularia, semper ita coactanda esse, ut quam minimum à jure communi (Romano scilicet alioque extraneo) abeant, vulgaris est sententia, *vid.* OBSERVAT. LAUTERB. *Observ. 4.* ex qua, velut immoto aliquo principio, plures conclusiones eliciuntur.

§. 63. Ulterius quis ex rationibus domesticis & propriis leges explicat? De Romanis quidem fatendum, quod Recentiores quidam Scriptores, eas, ex historia Græca & Romana, accurate illustrent, in quo tamen, ut hoc obiter admoneam, summa rei non consistit, licet plerumque Criticis illis JCtis id persvasum sit; Ast de legibus Germanicis aliud dicendum, nam ut alibi, ita hic etiam, historia deficit, &, dum omnia legibus peregrinis repleta sunt, Germanica ex Romanis, aliisque extraneis explicantur, ut etiam, pro doctrina fundamentali, habeatur, leges Germanicas ex Romanis esse declarandas, *vid. d. Observ. 4.*

§. 64. Non minus debita circumspectio in legibus applicandis sæpe deficit. Multa sunt in legibus extraneis, quæ Monarchiam aut Papatum, vel specialia quædam Gentis instituta, præsupponunt, quæ ad Germaniam, sine ullo delectu aut examine, applicantur, imo eousque nonnullorum absurditas progreditur, ut in media luce cœcutire, ac v. gr. competentiam Judicis Germanici, ex obsoletis ac à præsenti Germaniæ Statu plane abhorrentibus legibus extraneis, repetere, quam veritatem agnoscere, illamque ex Reipublicæ nostratis habitu, deducere malit.

§. 65. Denique tantum abest, ut vitia legum positivarum omnes intelligant, ut potius multi veram Jurisprudentiam in iis positam esse existiment. Quæ specie pietatis blandiuntur, utut sint in se iniquissima, passim probantur & laudantur, quæ ad homines irretiendos eosdemque pecuniâ emungendos, inventa sunt à Romanis, aliisque legibus, illa delectant, ac in iis enucleandis ætas & otium consumitur.

§. 66.

§. 66. Tandem quod *modum proponendi* attinet, in antiquis Glossatoribus meram esse barbariem, notum est. Sed Recentiorum nonnulli sat eleganter & terse cogitata sua proponunt, alii tamen à barbarismis non penitus sibi cavent, vel aliàs stilo non satis grato utuntur, inprimis pseudophilosophiæ Scholasticæ stribligo multos vexat. Quodsi quis nunc ad specialia progredi, ac Scriptores sigillatim expendere velit, pauci fortassis integram exactamque censuram sustinebunt. Sed, ut antea diximus, eò procedere nobis nec libet nec licet, id saltem in genere adjicimus, judicia de scriptoribus libere ferre, esse rem lubricam, odiosam, variis judiciis subjectam, nec tamen ideo improbandam ac inutilem.

CAPUT II.
DE ACTIONE HUMANA.

SUMMARIA.

In Jurisprudentia Germanica, primo agendum de actione humana §. 1.
Hujus indoles §. 2.
Menti humanæ obrepit ignorantia & error §. 3.
Hic est juris & facti §. 4.
Efficax & concomitans §. 5.
Uterque vincibilis & invincibilis §. 6.
Error juris, est efficax, facti, efficax vel concomitans §. 7.
Menti libertati quædam obstant §. 8.
Actionum humanarum varietas §. 9.
Voluntariæ agenti imputantur §. 10. 11. 12.
Quoad involuntarias, cessat imputatio §. 13. 14. 15. 16.
Invitæ non imputantur §. 17.
Mixtarum imputatio §. 18.
Sententia Romanorum §. 19.
Effectus doli quoad impediendam imputationem §. 20.
Error concomitans eam non impedit §. 21.
Bene tamen efficax & involuntarius §. 22. 23.
Non autem voluntarius §. 24. 25.
Ex his principiis quæstiones speciales decidendæ §. 26.
Et vulgaris doctrina explicanda §. 27. 28. 29. 30. 31. 32. 33.
Aliquando, circa errorem, alius, quam imputationis, effectus spectatur §. 34. 35.
Hic ab errore non dependet §. 36.
Sed error est vel causa impellens §. 37.
Vel conditio sine qua non §. 38. 39.
Vel circumstantia indifferens §. 40. 41. 42. 43.
Eo respicit prærogativa veritatis vel erroris, jure Romano asserta §. 44.
Sed illa doctrina rem magis involvit, quam explicat §. 45.
Species actionis humanæ sunt affectus & sermo §. 46.

§. I.



PRimo de actionibus humanis, etiam in Jurisprudentiâ Germanicâ privatâ agendum est, cum enim Hujus scopus sit, quo subditi actiones suas legibus attemperent, igitur harum indoles statim cognita esse debet, qua in tractatione

ita versandum erit, ut, generalibus præsuppositis vel breviter relatis, specialia, quæ inprimis Jus Romanum suppeditat, adducantur.

§. 2. Actio humana est *actio, motus vel operatio à mentis directione dependens.* Ejus *principium* adeo est *Mens*, hinc etiam *formale* actionis humanæ, in *dependentia à Ratione* consistit, *materiale* vero est vel *motus ipsius mentis*, vel *aliûs facultatis humanæ* vel *rei cujusdam tertiæ*, hinc actiones in *elicitas* & *imperatas* distingvi solent, quæ omnia in Jurisprudentia Universali latius explicantur, dixi hac de re in OBSERV. PUFENDORF. DE OFFIC. HOM. ET CIV. *Observ. 12. seqq.*

§. 3. Id hic admonendum, quod Menti humanæ nonnunquam *ignorantia* obrepat, quæ est *cognitionis veræ absentia seu privatio*, adeoque illa sæpe in *errorem*, qui est *difformitas conceptûs & rei conceptæ*, prolabatur. Differunt ergo ignorantia & error, ut *causa* & *effectus*, sed in Disciplina Juris synonymice accipiuntur, de quo etiam pluribus actum in *d.* OBSERVAT. PUFENDORF. *Observ. 20. seqq.*

§. 4. In Jure Romano illa etiam promiscue capiuntur, & exstant in eodem Tituli *de Juris & facti ignorantia*, sed sine judicio, à Compilatoribus, alieno loco velut effusi, ceu in OBSERVAT. LAUTERB. *Observ. 736.* jam admonui. Frequens est distinctio, quâ ignorantia vel error, in *juris*, quando *circa leges*, & *facti errorem*, quando *circa alias circumstantias, quas leges præsupponunt, erratur*, distinguitur, *vid. l. 1. de Jur. & fact. ignor.*

§. 5. Præterea, ob frequentem usum, commemorari debet distinctio erroris in *Efficacem*, qui in *re necessaria committitur ac* (si sit involuntarius) *consensum excludit atque adeò imputationem impedit*, & *Concomitantem*, qui *in re, extra negotium gerendum constituta, occurrit atque ita consensum necessarium non tollit, nec imputationi obest*, *vid. d.* OBSERV. PUFENDORF. *Observ. 24. 25.*

§. 6. Error efficax iterum est vel *voluntarius* seu *vincibilis*, qui debitâ diligentiâ adhibitâ, caveri poterat, vel *involuntarius* seu *invincibilis*, quem, adhibito licet omni studio moraliter possibili, evitare non licuit, *vid. d.* OBSERV. PUFENDORF. *Observ. 26. 27.* Concomitans error eodem etiam modo distingvi potest, sed cum sit extra negotium, nec, ejus intuitu, aliquem effectum habeat, hinc originem illius sollicite inquirere non opus est.

§. 7. Er-

§. 7. Error *Juris*, ad *efficacem* pertinet, nam, dubio procul, legis diſpoſitio ad actûs neceſſaria ſpectat, regulariter vero *vincibilis* eſt, aliquando tamen aliter ſe res habere poteſt, quod ex *qualitate legis* & *ſubjecto errante* nec non *materia*, quam lex reſpicit, judicandum: nam major diligentia requiri videtur, in eo, qui lucrum acquirere geſtit, quam qui de damno vitando laborat. Error autem *facti*, aliquando ad *concomitantem*, aliquando ad *efficacem* pertinet, qui regulariter pro *invincibili* habetur, *add. d.* OBSERV. PUFEND. *Obſerv. 22.*

§. 8. Quemadmodum Mentis humanæ *cognitionem* impedit Error, ita varia occurrunt, quæ Ejus *libertatem* vel imminuunt vel tollunt, *vid.* OBSERV. PUFEND. *Obſerv. 28. ſeq.* quorſum in ſpecie pertinet *vis externa*, hæc enim aliquando voluntatis directionem plane excludit, aliquando, malo cominus repræſentato, libertatem atterit. Denique dantur nonnulla, quæ *Mentem, ad dirigendas actiones, plane inhabilem* reddunt, qualia ſunt furor, ebrietas ſumma ac morbi quidam.

§. 9. Si principium actionum, i. e. Mens, recte ſe habeat ac dirigendi munere fungatur, tum actio dicitur *voluntaria* ſeu *humana*, ſi autem aliquo morbo corruptum ſit, actio ſuſcepta, *hominis* quidem, ſed *non humana, nec moralitatis capax* eſt, ſi vero ejus directio errore vel vi excludatur, tum exiſtit actio *invita*, eaque vel *per ignorantiam*, quando error efficax & invincibilis intervenit, vel *per violentiam*, quando vis externa inviti & reluctantis membris utitur, ſi denique, malo repræſentato ad agendum moveatur, actio *mixta* oritur, quæ partim invita, partim voluntaria eſt, quod etiam Romani inculcant in *l. 21. §. 7. quod. met. cauſ. conf.* OBSERV. PUFEND. *Obſerv. 39.*

§. 10. Actionum voluntariarum affectio eſt *Imputativitas* ſeu *Aptitudo ad imputandum*, ut nempe non tantum ipſæ actiones, ſed & potiſſimum earum effectus morales agenti tribui queant, hinc etiam de iis actionibus, quæ talem effectum poſt ſe relinquunt, ſaltem in vita civili quæritur. De cætero imputationis cauſa eſt voluntas, à quâ adeo ad illam, in foro humano, affirmative & negative, argumentari licet, *vid. d.* OBSERV. PUFEND. *Obſerv. 41. 42. 43. 44.*

§. 11. Quando imputatio obtineat vel ceſſet, ſpecialius expoſuit PUFENDORF. *de Offic. Hom. & Civ. l. 1. c. 1. §. 18. ſeqq.* & *de Jur. Natur. & Gent. l. 1. c. 5.* Summatim dicendum, quod ea vel locum habeat,

 vel

vel deficiat, prout voluntas in gradu habili adest vel deficit, ac actio imputari apta aut inepta vel insolita occurrit. In specie imputationem cessare arbitramur, (1.) si id, de cujus imputatione quæritur, directioni mentis humanæ plane non subsit, quò pertinent impossibilia, (2.) si ea, quæ eveniunt, voluntas nostra nec dirigat nec dirigere debeat, qualia sunt regulariter actiones alienæ, (3.) si agendi principium inhabile sit, ut in furiosis, (4.) si quid post se effectum moralem non habeat, qualis est omissio actionis non præceptæ, denique (5.) si mentis directio propriâ destinatione, errore vel vi aut dolo habili excludatur.

§. 12. An autem causa imputationis, seu voluntas, adsit, id quandoque non satis expeditum est, adeoque lege vel interpretatione usuali certius definiri solet. Si quis alteri rem pro certo pretio emi mandaverit, ac mandatarius fines mandati, in contrahendo excedat, tum satis quidem liquet, quod contractus emtionis, mandanti, ob defectum consensûs, non possit imputari. Ast si quis procuratori litem peragendam commiserit, tum mandans in damnum, quod à mandatarii negligentiâ, dum v. g. is fatalia negligit, dependet, intuitu adversarii consensisse censetur, sed non improbabiliter talis consensus etiam negari potest, *vid.* Observ. Lauterb. *Obser. 91. 1416.*

§. 13. Casus cessantis imputationis, quos summatim *§. 11. h.* exhibuimus, in disciplina juris privati non infrequentes sunt. Sic promissio, vel ab initio vel ex postfacto impossibilis, promissori non imputatur, *§. 10. I. de inutil. stipulat.* Medico eventus mortalitatis non tribuitur, *l. 6. §. 7. de Offic. Præs.* Porro actiones famulorum ad dominos non pertinent, nisi quatenus horum culpa concurrit, *vid. l. 1. §. 5. ff. de publican. Decis. Saxon. 79.* Equidem aliud etiam hic obtinere videtur, dum damnum à bruto vel mancipio, proprio motu, sine ulla domini culpa, datum huic imputatur, *tot. tit. si quadr. pauper. fec. dic.* & *de noxal. action.* Verum, re recte expensa, nihil fit præter regulam, domino enim ab initio nihil imputatur, sed is, ex lege naturali, saltem pati debet, quo læsus animal vel mancipium nocens occupet, quod si hoc nolit, tum demum, ob hanc voluntatem, damnum ei imputatur, ab eoque ejus restitutio exigitur.

§. 14. Porro ob furorem neque delicta, *vid. l. 13. §. 1. l. 14. de Offic.*

Offic. Præf. neque contractus, *§. 8. de inutil. ftipul.* imputantur. Iracundia quoque, quoad actus illicitos, imputationem temperat, *vid. l. 5. C. de injur. l. 4. C. l. 38. §. 8. ff. ad L. Jul. de adulter.* quoad indifferentes, plane excludit, hinc fi dominus calore iracundiæ fervum domo exire, illumque ad eam nunquam referti jubeat, actus ille domino non imputatur, nec fervus juftam difcedendi caufam inde accipit, *vid.* LAUTERB. COMPEND. *Jur. de fugitiv. in fin.*

§. 15. Somnum quoque impedire imputationem, *vid. l. 1. §. 3. d. A. A. P. Clem. un. de Homicid.* facile liquet, nec Ebrietati omnis in impedienda imputatione effectus negatur, *vid.* CARPZ. *Pr. Crim. p. 2. qu. 96. n. 22. 23.* In fumma ita dicendum videtur: Ebrietas *modica* imputationem non impedit, *fumma* vero, fi fit *involuntaria*, eam excludit, fi autem *voluntaria*, actuum *indifferentium*, ut pactorum, imputationi adhuc obftare videtur, fed actus *illiciti*, regulariter ut culpofi faltem, imputabuntur, *vid.* OBSERV. PUFENDORF. *Obferv. 38.*

§. 16. Ulterius nemo in vita civili officii neglecti infimulatur, quando ejus exercendi nulla adfuit occafio, fic Medici fegnitiei non arguuntur, quando nemo ægrotat, Magiftratibus omiffio pœnæ non imputatur, quando nemo deliquit, *vid.* CARPZ. *p. 2. C. 3. D. 23. & Pr. Crim. p. 3. qu. 103. in fin. quæft. 110. n. 76.* Denique neque promiffa, neque actus, aliàs illiciti, imputantur, fi joco fufcepti fint, vel fi quid animo emendandi vel defendendi factum, quia fcilicet propria deftinatio, mentis directionem, ifto refpectu, ab actione removit.

§. 17. De effectu vis, doli ac erroris in impedienda imputatione, nonnihil explicatius agendum eft, quia in Difciplina juris privati, frequentiffimæ quæftiones de hac re occurrunt, adeoq; genuina principia, præfupponi ac firmari par eft, maxime cum interpretes, iis deftituti, non raro fluctuare vel errare foleant. Quodfi igitur Vis, omnem voluntatem agentis, ab actione removeat, eamque plane invitam faciat, tum imputationem eâ impediri, facile liquet.

§. 18. Quodfi verò, repræfentato malo, quem ad agendum moveat, adeoque actionem mixtam producat, tum actio *bona coacta* non imputatur, fed quoad *malam*, imputatio non plane excluditur, fed faltem temperatur, fi verò actio fit *indifferens*, v. g. pactum coactum, tum imputatio etiam ceffat, nam licet qualis qualis voluntas hic adfit, atta-

attamen illa, ad producendam & imputandam obligationem non sufficit, cum delictum cogentis, eum faciat inhabilem, quominus, jus aliquod ex actu coacto acquirat, negato autem jure, obligatio ejusque imputatio quoque cesset, *vid.* OBSERV. PUFEND. *Observ. 40. 48. 223. 224. 225. 226.*

§. 19. Romani eorumque interpretes, per ambages hic incedunt, nam pactum coactum, eique forte accedens juramentum, *vid.* CARPZ. *p. 2. C. 35. D. 3.* stricto jure validum esse, ac agenti imputari, hunc vero, per restitutionem in integrum, ab hoc onere iterum liberari contendunt, sed matrimonium & testamentum coactum, ipso jure nullum esse nec imputari arbitrantur, *vid.* LAUTERB. *Comp. Jur. de Jurejur. lit. d. de rit. nupt. lit. d.* ut & *si quis aliq. testar. prohibuer. lit. a.* sed uti hæ tricæ à simplicitate naturali abeunt, ita earum in Germania nullum esse usum, in OBSERV. LAUTERB. *Observ. 113. 114. 115. 767. 907.* ostendi.

§. 20. Dolus, cum faciat actionem, ratione decepti, invitam, impedit imputationem, adeo ut, sive causam dederit actui, sive in eum inciderit, læsus naturaliter habeat jus vel ab actu recedendi, vel, eo salvo, id quod interest, petendi, *vid.* OBSERV. PUFEND. *Observ. 217. seqq.* Cæterum leges Romanæ, vel saltem earum interpretes triplici modo præcedentia temperant: (1.) Si dolus det causam contractui, tum hunc aliquando esse ipso jure nullum, aliquando restitutione in integrum rescindi censent, quas tricas in Germania cessare, in OBSERV. LAUTERB. *Observ. 116. 117.* ostendi. (2.) Ex contractu nullo sive invalido, dominium tamen transferri arbitrantur, quod & incertum, & forte nullius usus esse probavi *d. tr. Observ. 118.* (3.) Si dolus in negotium incidat, tum hoc valere, ac læso saltem jus petendi, id quod interest, competere censent, quod quando admitti debeat, *d. tr. Observ. 119.* docui.

§. 21. De errore ita habendum: ***Error concomitans imputationem non impedit***, nec refert, vincibilis illi fuerit, an invincibilis, nam sufficit, quod extra negotium versetur, adeoque consensum necessarium, velut unicam imputationis causam, non attingat ac excludat, *vid.* OBSERVAT. PUFENDORF. *Observ. 45.* Exempla in sequentibus occurrent, *vid. l. 18. §. 3. de injur.* OBSERV. LAUTERB. *Observ. 361. 370.*

circa

circa quæ interpretes, dum ſine certis principiis philoſophantur, errare ſolere, in OBSERV. LAUTERB. *Obſerv. 513. 768.* admonui. In ſpecie exemplum erroris concomitantis & innoxii occurrit in decantata *l. 32. de R. C.* quam, ex veteri ſuperſtitione, in cœlum, tantum non extollunt, *vid.* WESTENBERG *lib. Singul. de cauſ. obligat. diſſert. 3. c. 1. §. 14.* cum tamen nullum novum æquitatis remedium ſuppeditet JCtus, ſed potius in re ſatis plana, ſine cauſa, fluctuet.

§. 22. Sed *error efficax, ſi ſit involuntarius* (quod non rigide, ſed moraliter civiliterque æſtimandum, *vid. l. 6. de jur. & fact. ignor.*) *imputationem excludit.* Sic mandatario non imputatur, quod, ignorans mortem aut revocationem mandantis, mandatum executus fuerit, ſed hæredes vel ipſe mandans ejus geſta approbare debent, *§. 10. I. de mand.*

§. 23. In contractibus tamen conſiderandum eſt, quo loco quid ab errante fuerit habitum, nam pro illa diverſitate, modo contractus plane non imputatur, modo, eo ſalvo, erranti ſaltem jus ad intereſſe naſcitur, *vid.* OBSERV. LAUTERB. *Obſerv. 511. 514.* Aliquando etiam, autoritate juris civilis, erroneus actus erranti imputatur, eique jus perſequendi damnum, ſolum conceditur, *vid. d.* OBSERV. *Obſerv. 367.*

§. 24. Quodſi vero *error efficax, ſit voluntarius, imputationem non impedit*, ob conſenſum vel antecedentem vel concomitantem, *vid.* OBSERV. PUFEND. *Obſerv. 45.* Talis plerumque eſt error juris, cum enim Subditi, ex generali ſubjectionis vinculo, ad leges cognoſcendas, in Civitate, ſint obſtricti, hinc ſi quis, contra obligationem illam, voluntarie leges ignoret, de omnibus, quæ ex illa ignorantia promanant, reſpondere tenebitur, ſeu omnes actus, exinde provenientes, pro voluntariis & imputari aptis, habentur. Aliquando tamen talis error, etiam involuntarius eſt, ceu jam §. 7. admonui, de quo mox explicatius agendum erit.

§. 25. Errorem autem facti, quatenus ad efficacem pertinet, plerumque eſſe involuntarium, itidem *d. §. 7.* jam aſſerui, *vid. l. 2. de J. & F. I.* ſed aliquando etiam voluntarius eſt, ut ſi quis factum proprium, minime obſcurum, *l. 3. 6. d. t.* aut id, quod omnes in civitate ſciunt, *l. 9. §. 2. d. t.* v. gr. maritum, cujus uxorem duxit, hoc vel illo tempore deceſſiſſe, ignoret, denique ſi quis circa vitia jumentorum emtorum,

quæ facile cognoſci poterant, erret, ille etiam error voluntarius eſt, *vid.* OBSERV. LAUTERB. *Obſerv.678.*

§. 26. Ex his principiis quæſtiones ſpeciales facile decidi poſſe arbitror, quanquam id aliquando dubium eſſe queat, utrum error aliquis ſit voluntarius an involuntarius, adeoque determinatio legis poſitivæ, utilis hic omnino ſit. Vulgo uti de præſtruendis, in loco proprio, genuinis principiis, haud ſunt ſolliciti, ita, ubi ad applicationem ſeu quæſtiones ſpeciales deventum eſt, fluctuant, ac ad vera principia, ſed doctrinâ obſcurâ & ambiguâ, nonnunquam collimant, ceu oſtendi in OBSERV. LAUTERB. *Obſerv.511.n. 2.* aliquando vero generalia quædam, ſed inſufficientia, nulloque certo fundamento ſubnixa, inſpergunt.

§. 27. Eo pertinent vulgares regulæ de juris & facti errore, quas etiam STRUV. *J. F. l. 3. tit. 3. §. 24. ſeqq.* inculcat, cum enim principale diſcrimen erroris concomitantis & efficacis, hujusque vel voluntarii vel involuntarii, non præſupponant, hinc non poſſunt non ſæpe deficere vel fallere, de quo ſpecialius paululum videbimus.

§. 18. Prima eſt: *Juris ignorantia non prodeſt acquirere volentibus, l. 7. 8. de J. & f. I.* quæ admitti poteſt, cum enim in generis leges ſcire debeamus, multo magis illarum, quæ lucri acquiſitionem dirigunt, gnarum quem eſſe oportet, hinc ſi is ex errore juris, lucro ſperato excidat, id pro voluntario, ipſique agenti nocituro, merito habentur. Admittenda tamen nonnunquam erit exceptio, talisque error pro involuntario habendus, non tantum ob *conditionem perſonarum*, quibus jus ignorare permittitur, *l. 9. ff. d. t.* ſed & *qualitatem juris ignorati*, ut ſi ſit nimis recens parumque notum, vel etiam valoris aut ſenſus valde dubii.

§. 29. Secunda eſt: *Juris ignorantia ſuum petentibus ac in damnis rei ſuæ amittendæ non nocet, d. l. 7. 8.* v. gr. id, quod ex errore juris ſolutum eſt, repeti poteſt, nam ad hoc exemplum, potiſſimum vulgo reſpiciunt. Enimvero licet ab eo, qui de lucro acquirendo ſollicitus eſt, non immerito major legum cura exigatur, quam illo, qui in damnis rerum amiſſarum vel amittendarum verſatur, illa tamen nimis liberalis eſt explicatio, qua error, ultimo caſu commiſſus, generaliter pro involuntario habetur.

§. 30.

§. 30. Quare res potius invertenda, ac error juris, hîc quoque regulariter pro voluntario habendus est, nam (1) obtinet etiam ratio generalis, §. 24. data, accedit (2) autoritas ratione subnixa, *l. 9. d. t.* nec obstat (3) *d. l. 7. 8. d. t.* nam primo autoritas JCtorum, ratione destituta, frustra allegatur, cum hæc res ex principiis communibus sit expedienda, deinde *d. ll.* sunt referendæ ad casum specialem, quem innuit *l. 4. cod.* ut sensus sit, *error juris ad usucapionem non prodest*, hinc hactenus *suum petentibus ac in damnis rei admittendæ non nocet.* In specie falsum est, quod in solutione indebiti, error juris, regulariter pro involuntario habeatur adeoque solventi haud noceat, hoc enim & rationi, & variis juris Romani textibus repugnat, de quo alio loco dicendum erit, *vid.* OBSERV. LAUTERB. *Observ. 366.*

§. 31. Illud quoque adjiciendum, duabus illis regulis, omnem rem non exhauriri, nam pertinent saltem ad actus licitos, quid ergo, si quis ex errore juris, prohibita faciat, vel præcepta omittat? heic ex regulis illis frustra auxilium petes! De cætero dicendum, quod talis error, regulariter quoque sit voluntarius nec imputationem impediat, ob rationem §. 24. allatam, si vero aliqua ratione nitatur, tum imputationem temperare, ac à dolo excusare solet, exempla sunt in *l. 25. §. 6. de hæred. petit. §. 1. l. de vi bon. rapt.* Quodsi jus, in quo erratur, sit valde singulare, dubium aut incognitum, error pro involuntario haberi debet, ex quo liquet, vulgarem illam parœmiam: *etiam fatuam causam à dolo excusare*, vel falsam, vel saltem ita simpliciter non admittendam esse.

§. 32. Tertia regula vulgaris est: *Facti ignorantia neque in compendiis neque damnis nocet, l. 8. 9. d. J. & F. I.* modo *non sit nimis supina, l. 6. 9. §. 2. eod.* quæ licet hactenus admittenda sit per ea, quæ §. 25. dixi, id tamen censuram meretur, quod ad errorem efficacem illa non restringatur, nam error facti concomitans, utique nocet seu non prodest, vel imputationem impedit, quod in *l. 12. 13. de novat.* etiam agnoscitur, *vid. §. 21. h.*

§. 33. Id regulæ illi non obest, quod v. gr. contra eum, qui ex ignorantia facti, rem suam non vindicat, etiam præscriptio currat, *l. fin. C. de præscript. long. temp. l. 3. 4. C. de præscript. 30. vel 40. ann.* aut adjudicatio falso cohæredi facta, post rem judicatam revocari nequeat,

l.36.fam. ercisc. nam hoc fit autoritate legis civilis, ob publicam utilitatem, ac sæpe concurrentem errantis culpam, ex temporis lapsu colligendam, *vid.* OBSERV. LAUTERB. *Observ.278.*

§. 34. Cæterum hactenus de errore dicta, pertinent ad *effectum impediendæ imputationis molestæ, damnum inferentis vel lucrum tollentis.* Præterea vero, intuitu erroris, de alio *effectu positivo, vel ipsi erranti, vel tertio, lucroso aut noxio*, quæri solet, quæ adeo probe discerni debent, ex exemplis vero discrimen magis intelligitur.

§. 35. V.gr. si quis rem alienam ignorans possideat, tum ignorantia efficit, ne possessori mala fides, seu animus res alienas intercipiendi, imputari queat (quanquam ab hac imputatione etiam sciens, autoritate legis civilis, liberari potest) qui est primus effectus, præterea vero, ignorans possessor dominium, cæteris paribus, acquirit, qui alter est effectus à priori plane distinctus. Sic si quis rem propriam, velut alienam, leget, juxta *§.11. I. de Legat.* non tam quæritur, an actus ille erroneus agenti testatori possit imputari, sed an ratione legatarii subsistat, qui posterior effectus est.

§. 36. In genere autem certum videtur, quod effectus iste positivus non ab *ipso errore*, sed à *voluntate illius*, penes quem ejus rei arbitrium est, sive sit Legislator sive homo privatus, dependeat, error autem interveniens vel *causæ impellentis*, vel *conditionis sine qua non*, vel *indifferentis cujusdam circumstantiæ* rationem habeat, quod per exempla illustrabimus.

§. 37. Ad judicem & testem testamentarium requiritur, ex lege civili, libertas, sed si servus, communi errore, pro libero habitus, munera illa obtineat, acta judicialia vel testamentum valent, *l.3. de Offic. Prat. §.7. I. de testam. ordin.* quia ex benigna Legislatoris voluntate, casus hic à rigore legis exceptus, non immerito præsumitur, quod declaratio Legislatoris ex postfacto nonnunquam secuta, certius ostendit. *Causa* igitur valoris, est voluntas Imperantis, error vero *impellit & facit jus*, nempe occasionem præbendo, juxta *l.39. de LL.*

§. 38. Ad præscriptionem plerumque requiritur bona fides, seu ignorantia aut error, alias nihil acquiritur. *Causa* acquisiti juris, est lex civilis, sed error, *conditionis sine qua non*, vel *requisiti* cujusdam rationem habet, hinc etiam nonnunquam, si ita lex velit, bona fides vel

peni-

penitus, vel in præſcriptionis ſucceſſu, deficere poteſt. Vice verſa, verus titulus ad uſucapionem regulariter requiritur, hinc error nullius eſt efficaciæ, *§. 6. I. de uſucap.* adeoque nec tituli defectum ſupplet, nec præſentis vim imminuit, *l. 2. §. 2. pro emtor.* aliquando tamen titulum putativum, vel uſucapionem ſine titulo etiam lex admittit, *l. 11. pro emt. l. fin. §. 1. pro ſuo l. 2. §. 15. 16. pro emtor.*

§. 39. Si quis ſe putet hæredem neceſſarium, cum ſit voluntarius, repudiare hæreditatem non poterit, *l. 15. de A. O. H.* cum enim leges hic applicari nequeant, niſi conſtet, an quis neceſſarius vel voluntarius hæres ſit, & vero proprio teſtimonio ſe quis hæredem neceſſarium faciat, hinc merito, veritate incognita, hujus jure utitur, ut error hactenus etiam *conditionis ſine qua non* inſtar ſit. Si tamen de veritate, contra errorem proprium, conſtet, applicatio legum quoque aliter ſe habebit, quo pertinet *l. 96. eod.*

§. 40. Si per imperitiam, ab aliquo ad ſupellectilem relatum ſit, quod, juxta communem uſum, eo non pertinebat, voluntas legantis ſervari debet, *& error jus facit*, ut ait Paulus in *l. 3. §. fin. de ſupell. legat.* ſed non ſatis appoſite. error enim hic ſaltem rationem *indifferentis circumſtantiæ* habet, ſive enim teſtator conſultò, ſive errore inductus, contra communem uſum, aliquid ſtatuat, id ſervandum eſt, cum penes illum, ejus rei ſit arbitrium.

§. 41. Si quis rem ſuam, quaſi alienam legaverit, valet legatum, *§. 11. I. de Legat.* nam error quoque hic *indifferens* eſt, ſi enim quis rem legare vult, ſi ſit aliena, is multo magis eam legaturus præſumitur, ſi ſit propria, adeoque error interveniens, innoxius eſt, nec conſenſum legaturi excludit. De cætero certum videtur, quod in caſu allato, legatum quoque valuiſſet, etiamſi res (quæ erat opinio teſtatoris) revera fuiſſet aliena, quod poſt BACHOVIUM, recte admonuit VINNIUS *in comment. ad d. §. 11.*

§. 42. Contradicit quidem STRAUCH. *diſſert. 10. §. 3.* contendens, legatum non valuiſſe, quia teſtator haud *ſciverit*, rem eſſe alienam, ſed ſaltem *opinatus* fuerit, ad legatum vero rei alienæ, *ſcientia* requiratur, *§. 4. I. de legat.* Sed fallitur, nam requiritur ſcientia oppoſitive ad ignorantiam, debet ſcire teſtator rem eſſe alienam hactenus, ne ignoret, ex quo neceſſitas ſcientiæ, rigide ſuppoſitæ, ſeu certæ

cognitionis non sequitur, sed sufficit etiam scientia laxius sumta, seu qualis qualis cognitio, opinio vel suspicio, nam ex hac perinde, ac ex scientia certa, animus legandi colligitur, ex quo effectu, unice habitus scientiæ, hic necessariæ, æstimari debet.

§. 43. Sed hæc obiter! Aliud *indifferentis* erroris exemplum est in eo, qui à domino emit, quem non dominum esse putabat, nam, non obstante errore, emtor dominus efficitur, *l. 9. §. 4. de J. & f. ign.* si enim quis ab eo emere vult, qui dominium præstare non poterat, multo magis emturus præsumitur, si venditor revera dominus sit, ut error interveniens animum acquirendi haud excludat. Ad hanc classem etiam pertinet exemplum servi proprii manumissi, nam licet vel dominus, vel servus, vel uterque dominium deficere putet, manumissio tamen effectum habet, cum animus dandi & habendi libertatem, isto errore non tollatur, *l. 4. §. 1. de manum. vind.*

§. 44. Romani JCti, negando vel asserendo erroris effectui, non raro utuntur ea ratione: *plus valet quod est in veritate, quam quod in opinione, §. 11. I. de legat. l. 9. §. 4. de J. & f. ignor. l. 4. §. 1. de manum. vind. l. 2. §. 2. pro emtore,* Vel vice versa: *plus est in opinione quam in veritate, l. 15. de A. O. H.* quemadmodum etiam legendum videtur in *l. 2. §. 15. pro emtor.* qua de re, in ætate juvenili, dissertationem, sub Præsidio *Dn. D.* Ittigii *1685. Lipsiæ* defensam, conscripsi, illaque effata pro captu, qui tum fuit, amplius exposui.

§. 45. Sed sunt illæ rationes superficiariæ, nec veram factæ decisionis causam continent, præterea nonnunquam male applicantur, ut in *§. 11. I. de legat.* (quod ex §. *41. 42. h.* apparet) nec non in *l. 2. §. 15. pro emtor.* si vulgarem lectionem retineas. Quæstio vero inde enata, de *prærogativa Veritatis*, vel *Opinionis* ejusque prolixa discussio, ad difficiles Romanorum nugas, quarum in vita civili nullus est usus, referri debet, id quod in *d.* Dissert. *c. 1. §. 24.* jam submonui, tum tamen non penitus intellexi.

§. 46. Rerum de actionibus humanis in genere, pro ratione instituti, satis! Sub iis comprehenduntur (1.) *Affectus*, nam licet hi vario sensu sumantur, mihi tamen plane persvasum est, quod aliquando etiam pro *actioni intensiori* capiantur. (2.) *Sermo* i. e. *vox articulata, ex impositione hominum, ad communicanda animi sensa, aliquid significans.*

ficans. De *moralitate* affectuum & ſermonis, non infrequens in diſciplina juris privati eſt quæſtio, prout hinc inde, ex locis propriis conſtabit, ſed quæ ad explicandam eorum *naturam* pertineant, in legibus Germaniæ uſitatis, quod ego ſciam, non adeo occurrunt, hinc tota hæc tractatio, ex Jurisprudentia Univerſali, ſupponitur, *vid.* OBSERV. PUFENDORF. *Obſerv. 36. 242. ſeqq.*

CAPUT III.

DE LEGIBUS GERMANICIS, AC IN SPECIE, DOMESTICIS SEU PROPRIIS.

SUMMARIA.

Legis definitio & diviſio §. 1.
Lex divina eſt naturalis & poſitiva §. 2.
Naturalis indoles & varietas §. 3.
Poſitivæ definitio §. 4. Et diviſio §. 5.
Lex divina univerſalis §. 6. Particularis §. 7.
Lex humana in univerſalem & particularem diſcernitur, ſed illa non datur §. 8.
Ambiguitas juris gentium §. 9.
Lex civilis quid §. 10.
Ejus varietas §. 11. 12.
Quæ ex ſtatu cujusvis Reipublicæ reſultat §. 13.
Leges reſpiciunt homines, quorum diverſa conditio §. 14. 15. 16.
Leges Germanicæ quid §. 17.
Status Reipublicæ Germanicæ §. 18.
Inde duplex legum principium exiſtit §. 19.
Legum Germanicarum indoles §. 20.
Varietas §. 21.
Leges expreſſæ, ſunt vel domeſticæ vel extranea §. 22. 23. 24.
Veteres Germani leges ſcriptas non habuerunt §. 25.
Seculo V. illæ cenſentur invaluiſſe §. 26.
Earumque magna eſt varietas §. 27. 28. 29. 30. 31.
Neque eas ſuſtulit Lotharius II. §. 32.
Senſim tamen earum uſus deſiiſſe videtur §. 33.
A ſeculo XIII. nova legum incipit periodus §. 34.
Eo pertinet ſpeculum juris Saxonici §. 35. 36. 37. 38. 39.
Jus feudale Saxonicum §. 40. 41.
Speculum juris Svevici provincialis & feudalis §. 42 43.
His, leges ſpeciales §. 44.
Et inprimis jus Lubecenſe §. 45. 46.
Ac Magdeburgenſe, ſive Weichbildicum acceſſerunt §. 47. 48. 49.
Summatim ergo Germania, jure Saxonico & Svevico uſa eſt §. 50.
Hinc duo ſumma Tribunalia extiterunt §. 51.
Autoritas juris Saxonici in alias etiam regiones penetravit §. 52
Germanica jura ſenſim oblivioni tradi cœperunt §. 53.
Ac antiquiorum nulla hodie videtur eſſe autoritas §. 54. 55. 56.
Saxonici quoque & Svevici valor dubius eſt 57.
Cur leges Germanicæ, conſvetudinis nomen gerant §. 58. 59.
Emendandæ Jurisprudentiæ, leges antiquæ fruſtra in uſum revocantur §. 60.
Earum tamen hiſtoria merito excolitur §. 61.
Hodie in Germania quadruplicis generis leges occurrunt §. 62.
Univerſales ſive Receſſus imperii §. 63. 64.
Generales, nempe jus Saxonicum & Svevicum §. 65.
Provinciales §. 66.
Et ſtatutariæ §. 67.
Ab objecto, leges privatæ, ſunt civiles, feudales & eccleſiaſticæ §. 68.

Hæ

§. I.



Einde de legibus, velut actionum humanarum norma agendum est. Lex in genere est *decretum Imperantis, quo sibi subjectos obligat, ut ad ejus præscriptum actiones componant, vel iis licite & secure quid agendi, jus concedit.* A *fine* distingvitur in *Obligantem* & *Permittentem*, ab *objecto*, in *Naturalem* & *Positivam*, à *subjecto*, in *Universalem* & *Particularem*, ab *Autore*, in *Divinam* & *Humanam*.

§. 2. Jam ultimum respectum sectabimur, prioribus vel suppositis vel subinde etiam commemoratis. Est igitur lex divina, *quæ Deum habet autorem*, & iterum in *naturalem*, quæ *natura* ac *ratione*, & *positivam*, quæ *revelatione* nititur, separatur.

§. 3. Lex naturalis est *decretum voluntatis divinæ, per rationem promulgatum, quod omnes homines, ad actiones voluntarias, cum natura humana necessario convenientes, suscipiendas, non convenientes, omittendas, exactissime & immutabiliter obligat, indifferentium vero exercitium, proprio eorum beneplacito permittit.* Est igitur etiam lex naturalis vel *obligans*, quæ præcipiendo aut prohibendo necessitatem affert, unde ejus decreta in *affirmativa* & *negativa* discernuntur, vel *permittens*, quæ quemvis suo jure, quamdiu res in alium statum non est deducta, uti sinit. De cætero dictamina tam obligantia, quam permittentia, sunt vel *absoluta*, quæ ante factum humanum, & *hypothetica*, quæ, ex hypothesi facti præcedentis, obtinent.

§. 4. Lex divina positiva est, *quæ jure naturali præcepta ac prohibita confirmat, & permissa hinc inde magis determinat.* Nititur illa speciali revelatione, in S. literis facta, hinc ab iis etiam saltem agnoscitur, qui autoritatem S. literarum admittunt, quamvis & inter hos, de veritate aut sensu unius vel alterius legis, disputari queat & soleat.

§. 5. Rectissime autem distingvi videtur in *Religiosam*, quæ cultum divinum directo respicit, & *Politicam*, quæ ad homines, in societate civili spectatos, pertinet. *Illa* à *materia*, in ceremonialem

lem & moralem, à *duratione*, in temporalem & perpetuam, à *subjecto*, in particularem & universalem, *Hæc* verò itidem à *subjecto*, in Universalem ac Particularem, ut & à *duratione*, in Perpetuam & Temporalem amplius dispescitur.

§. 6. Lex Politica universalis & perpetua, est *Decretum voluntatis divinæ, expresse promulgatum, quo Deus omnes homines, intuitu actionum indifferentium, exactissime obligat, vel iis licite quid agendi, jus concedit.* Hujus generis esse censentur. (1.) Lex pœnalis de homicida capitaliter puniendo, *Gen. IX, 6.* (2.) Dispositio, qua marito imperium in uxorem conceditur, *Gen. III, 16. 1. Cor. XI, 3.* (3.) Leges connubiales, *Lev. XVIII.* (4.) Prohibitio Polygamiæ, *Gen. II, 22. 23. 1. Cor. VII, 2. seqq. 1. Tim. III, 2.* (5.) Prohibitio divortiorum, *Gen. II, 23.*

§. 7. Particularis & temporaria est *Decretum voluntatis divinæ, expresse promulgatum, quo Deus solos Judæos, intuitu actionum indifferentium, exactissime obligavit, vel iis jus aliquod concessit.* Dicitur alias *lex forensis*, ad eamque omnes reliquæ dispositiones politicæ, quæ in S. Scriptura occurrunt, nec naturales aut positivæ universales, bonis rationibus censeri possunt, referri debent. Cæterum sicut lex particularis alias Gentes nunquam obligavit, quoad Judæos autem, adventu Messiæ, desiit, ita universalis veritatem negavit BRÜCKNER. *in Consil. matrimon. Proœm. n. 26. seqq.* nec videtur plane improbabile, si dictamina, quæ hoc nomine laudantur, vel omnino negemus, vel ad jus naturale referamus.

§. 8. Lex humana, *vid.* §. 2. est, *quæ ab hominum imperantium voluntate dependet.* Solet illa à nonnullis, aut potius plerisque, in *Universalem* seu *Gentium*, & *Particularem* sive *Civilem* distingvi. Sed si, prout par est, per illam intelligas *legem humanam positivam universalem, vel omnes, vel saltem moratiores Gentes obligantem, ac à lege naturali & civili distinctam,* tum eadem merito negatur, quia non occurrit Legislator, quæ ratio certa & peremtoria est.

§. 9. Alias per Jus Gentium intelligitur (1.) facultas moralis, Gentibus ex lege naturali competens. (2.) Ipsa lex naturalis, aut in specie (3.) lex naturalis hypothetica, quæ actus Gentium dirigit. (4.) Lex civilis nonnullarum Gentium. (5.) Consvetudo populorum illicita. (6.) Nuda consvetudo licita, vi obligandi destituta, ac denique (7.) pa-

ctum Gentium tacitum vel expressum, juxta quos sensus, Gentium jus merito admittitur. Atque illos ii sectantur, qui pro veritate decantati juris Gentium depugnant, sed dum propositum non tenent, verum terminorum ambiguitate ludunt ac res varias commiscent, nihil efficiunt.

§. 10. Juxta hæc igitur Lex humana, tantum *particularis* seu *Civilis* est, ac in genere notat *Decretum voluntatis, signis arbitrariis declaratum, quo Imperans leges divinas confirmat, pro utilitate Reipublicæ, aliquid definit, ac ad illud servandum, suæ civitatis subditos obligat, vel iis jus, licite & secure quid agendi, concedit.*

§. 11. Divisio legis humanæ varia est, nam, præter generalem divisionem, qua in *Obligantem* & *Permittentem* separatur, poterit illa distingvi (1.) à *diversa promulgatione* in *Expressam* & *Tacitam*, quarum illa, pro Status publici diversitate, varias species, puta *Constitutionem Principis*, *SCtum* vel *Plebiscitum*, sub se complectitur. (2.) à *subjecto*, in *generalem* & *specialem*. (3.) à *norma*, in *justam* & *injustam*, ut & *prudentem* & *imprudentem*. (4.) ab *origine* in *humanam ratione autoritatis tantum*, quæ leges divinas obligantes confirmat, & *originis ac autoritatis simul*, quæ permissa, pro Reipublicæ utilitate determinat.

§. 12. Denique leges humanæ, laxiori sensu suppositæ, (5.) ab *objecto specialius sumto*, distingvuntur in *civiles*, *feudales* & *ecclesiasticas*, nec dubitandum, quin singulæ amplius ab objecto distingvi queant, sed minutias consectari, opus non est. De cætero illa omnia referimus ad leges *privatas*, quæ res privatorum concernunt, nam *publicæ*, quæ ad statum Reipublicæ pertinent, magis *conventiones*, quam *leges* sunt, nec de iis nunc sumus solliciti.

§. 13. Omnis iste legum apparatus & varietas, ex libertate & statu Rerumpublicarum resultat, ac nulla Gens eo nomine alteri quid debet, quod contra Legulejos notandum, qui sæpe communia illa, à Romanis repetunt. Sed ista hic saltem delibanda sunt, ex professo autem in Jurisprudentia Universali explicari debent. Dixi ea de re in OBSERVAT. PUFEND. *ad l.1.c.2.3. Observ.49.seqq.* si non adæquate, attamen satis copiose, & tantum, quantum ei intelligendæ sufficit.

§. 14. Id tamen in genere adhuc monendum, quod leges pertine-

tineant ad homines *natos* & *exiſtentes*, qua occaſione diverſitas *ſexus* & *ætatis* in Jurisprudentia attenditur. Regulariter eadem omnium hominum ſunt jura, aliquando tamen, pro ratione ſexus & ætatis, illa variant, quod à voluntate Legislatoris dependet, ac ex locis propriis ſpecialius cognoſcendum eſt; Ob illam cauſam quoque Hermaphroditi, *alteri* ſexui adſcribendi ſunt, nec poſſunt illi proprio arbitrio hic aliquid mutare.

§. 15. Erga homines *naſcituros*, leges ſunt obſervandæ hactenus, ne illi lædantur, quo reſpectu, matri prægnanti etiam prodeſſe ſolent; Ut quoque, ob ſpem naſcendi, jura, in nativitatis eventum, integra eis ſerventur, illique eorum, ſi formâ humanâ prodeant, capaces fiant, eaque in alios transmittere poſſint, id indoli humani generis manifeſte congruit. Quousque autem in utero adhuc exiſtentes, aliis, in rebus arbitrariis, proſint nec ne, id à lege civili dependet, quemadmodum etiam jura, quæ nati conſequuntur, partim ex generalibus principiis, partim ex ſpeciali legis poſitivæ diſpoſitione reſultant.

§. 16. Denique ad homines *mortuos* etiam leges quodammodo ſpectant, dum, eorum intuitu, hominum vivorum jura & obligationes determinant, quod itidem in loco proprio ſpecialius cognoſcendum. Iſta omnia, quæ de *naturali* hominum *diſcrimine* ſummatim admonuimus, ex generalibus omnium Gentium principiis reſultant, ex jure tamen ut alio, ita præcipue Romano, illuſtrari poſſunt & ſolent, *vid.* LAUTERB. *Comp. Jur. de ſtat. hom. lit. B.* De *diſcrimine* hominum *arbitrario*, quod ex variis inſtitutis oritur, aliqua hic dicere non attinet, cum illud, cum legibus id introducentibus, in loco proprio inculcetur.

§. 17. Jam, generalibus illis præſuppoſitis, ad Germaniam reſpiciendum erit. Leges Germanicæ privatæ, ſunt *decreta ab iis, penes quos ejus rei arbitrium eſt, data, confirmata aut recepta eo fine, quo negotia privata, juxta eadem dirigantur, atque ita juſtitia vigeat, & Reipublicæ tranquillitas conſervetur.* Late igitur hic ſupponuntur leges Germanicæ, pro *omnibus illis, quæ in Germania valent,* nec hactenus attenditur utrum ſint originis divinæ, an humanæ, in Germania conditæ, an aliunde receptæ.

§. 18. Quemadmodum autem, intelligendis legibus, ad ſtatum

 Rei-

Reipublicæ, reſpiciendum eſt, ita in Germania is hodie deprehenditur, quod Proceres ſeu Imperii Status, in ſuis Territoriis, proprio imperio civili gaudeant, ac in Comitiis Univerſalibus, cum Imperatore, de rebus communibus, deliberent ac decernant. Præterea vero Germania papatu adhuc ex parte infeſtatur, ex parte vero ab eo vindicata eſt.

§. 19. Ex eo conſequitur, quod leges Germanicæ ex duplici principio valorem accipiant, vel *ab omnibus Germaniæ Imperantibus,* vel *à ſingulis*, quoad *Territoria propria*, præterea manifeſtum eſt, quod illi, qui à papatu alieni ſunt, libere poteſtatem legislatoriam exerceant, cum è contrario, qui ei ſubſunt, eam timidius in actum deducant, vel etiam plane omittant; Interim tenendum, quod papatus legitimum aliquod imperium non notet, adeoque imperio Germaniæ nulla in parte obſit, licet per ſuperſtitionem ei aliqua vis, à nonnullis relinquatur. De cætero Imperantes Germaniæ, vel leges divinas confirmant, vel propria decreta, expreſſe aut tacite, promulgant, vel leges extraneas recipiunt & probant.

§. 20. Dantur leges privatæ primario quidem *ſubditis*, nec tamen Imperantes plane excluduntur, de quo dixi *c. 1. §. 28. 29. 30.* Reſpiciunt porro illæ, *negotia privata*, tam ſecularia quam eccleſiaſtica, tam feudalia, quam allodialia nam late hic de legibus privatis philoſophamur, nec eſt, quod quem papatus turbet, de cujus habitu jam dixi. *Finis* earum eſt, ut negotia privata juxta illas dirigantur, juſtitia vigeat, & tranquillitas civitatis conſervetur, nam hic verus finis eſt, malitia humana aliò nonnunquam leges refert, ex quo abuſu hæc res non æſtimanda. De *effectu* videbimus *c. 11.*

§. 21. Sicut autem leges Germanicæ dubio procul ex duplici fonte, imperio ſcilicet divino & humano, ſummatim reſultant, adeoque vel divinæ & humanæ ſunt, ita præſuppoſito generali hoc diſcrimine, omnes, *humanæ*, à *valore* dici ſolent, ac ab *externo habitu* earum varietas deſumitur, ubi fortaſſis in genere ſic dicere licet: Sunt leges illæ, vel *Expreſſæ* ſeu *Scriptæ*, vel *Tacitæ* ſive *Non ſcriptæ.* Priores iterum ſunt, vel *domeſticæ* vel *extraneæ*, poſteriores vero, ex mea quidem ſententia, tantum *propriæ* vel *domeſticæ.*

§. 22. Leges expreſſæ ſunt, *quas Imperans vel expreſſa promul-*

gatio-

gatione proponit, vel alibi natas expreſſe vel tacite recipit ac probat. Ex mea igitur ſententia, ceu modo tetigi, omnes leges extraneæ, in Germaniam receptæ, expreſſis annumerari debent, licet vulgo quoad leges feudales Longobardicas, maximam partem, aliter ſentiant. Sed conſiderandum eſt (1.) quod illæ leges, quando in Germaniam admiſſæ ſunt, ſcripto fuerint comprehenſæ, adeoque ex prima origine eas æſtimare, plane incongruum videatur, cum nec abſurdum nec inſolitum ſit, ut lex non ſcripta, in ſcriptam degeneret.

§. 23. Accedit (2.) quod multum interſit: *ex actibus ſubditorum legem facere*, quod ad legem non ſcriptam ſeu conſvetudinem requiritur, &: *leges, de quarum habitu & ſententia penitus conſtat, admittere*, hinc etiam (3.) requiſita introducendæ conſvetudinis vulgo laudata, ad receptionem legum extranearum, vel omnino non, vel non niſi contorte applicari, poſſunt denique (4.) leges extraneæ tacite quidem admiſſæ ſunt, at poſtea expreſſa approbatio acceſſit.

§. 24. Illud certum, parum vel nihil referre, utrum legem aliquam, (de cujus origine, veritate & ſenſu ſatis conſtat, *vid.* CONRAD. SINCER. *diſſert. epiſtol. de Uſu leg. antiqu. german. p. 28.*) ſcriptam vel non ſcriptam dicere velis, nam utriusque, ſemel introductæ, idem eſt effectus, hinc ſcriptorum concertationes, quibus nonnunquam de iſta legum qualitate, unice & operoſe diſputant, ad inepta vitilitigia referri debent, nos illa res deinceps non morabitur, ſed juxta factam partitionem, jus ſcriptum recenſebimus.

§. 25. Vetuſtiſſimos Germanos nullas leges ſcriptas habuiſſe, ob literarum ignorantiam, cenſet CONRING. *de O. J. G. c. 1.* ſed ut illud verum ſit, ratio tamen fortaſſis non ita ſimpliciter admittenda, *vid.* SPEC. JUR. PUBL. *l. 1. c. 2. §. 5.* KULPIS. *ad Monzamb. c. 1. §. 2.* ſed defectus potius ille, ex vitæ ſimplicitate, repetendus eſt, rudior enim vita paucis regulis eſt contenta, ſed inſtitutorum varietas, majorque vitiorum & vanitatis cognitio ac praxis, magnum legum ſcriptarum apparatum expoſtulant.

§. 26. Seculo Chriſtiano quinto, uſus legum ſcriptarum invaluiſſe cenſetur, cumque Germanicæ Gentes non tantum in alias terras migraverint, ſed & in Germania in plures populos, citra commune aliquod imperium, fuerint diviſæ, hinc, pro diverſitate regionum &

 natio-

nationum, magna jurium Germanicorum exstitit varietas, dum quædam in Solo peregrino nata sunt, ac in ipsa etiam Germania, unaquæque Gens peculiari jure usa est. Omnes tamen Romanâ cum lingvâ tum literis leges suas conscripsisse censentur, *vid.* CONRING. *d.tr.c.2.*

§. 27. Ad leges Germanorum exoticas, Germaniamque non adeo attinentes pertinent *Wisigothorum*, *Ostrogothorum*, *Gothorum*, & *Burgundionum* leges, *vid.* CONRING. *d. tr. c. 3. seqq.* sed Germanicas res propius contingunt *Franci*, à quibus paulo ante, quam in regnum propius coirent, fere circa annum 422. condita est *Lex Salica*, quæ omnis juris Germanici postea insecuti, fons esse censetur, *vid.* CONRING. *d.tr.c.7.*

§. 28. Postquam Franci cæteros Germaniæ populos imperio suo subjecerunt, paulatim quoque legum suarum usum devictis insinuarunt. Initium factum esse censetur ab *Alemannis* & *Bojoariis*, à Clodovæo M. circa annum 500. subjugatis, secuti *Thuringi*, quos Theodoricus devicerat, & sic in cæteris, donec Carolus M. omnes Germaniæ populos sub regno Francico conjungeret, eosque una cum Gallia ac Italia teneret. Usi tamen sunt Reges Francici, in legum suarum, ad populos devictos unoque imperio conjunctos, applicatione, juris bellici temperamento, apud GROTIUM *de J.B.P.l.3.c.15.§.10.* laudato, ut se in singulis Provinciis ad genium Populi, ejusque receptas consvetudines insuper accommodarent, *vid.* CONRAD. SINCER. *dissert. epist. de German. Leg. Orig. p.9.* GRYPHIAND. *de Weichbild. c. 40. seqq.*

§. 29. Hinc diversæ leges, *Alamannorum*, *Bajuvariorum*, *Ripuariorum*, *Saxonum*, *Frisiorum*, *Thuringorum*, *Longobardorum* (quæ ultimæ ad Italiam pertinuerunt) aliæque exortæ sunt, *vid.* CONRING. *d. tr. c. 9. seqq.* in quibus colligendis junctimque edendis JOH. BASILIUS HEROLDUS & FRIDERICUS LINDENBROGIUS præcipuam operam intenderunt. Condidit præterea Carolus M. novas leges, civiles pariter ac ecclesiasticas, quæ à Ludovico Pio ac Lothario I. auctæ, sub nomine *Capitularium* à PETRO PITHÆO editæ, deinceps à LINDENBROGIO Codici suo insertæ, tandem cum aliis à STEPHANO BALUZIO plenius curatæ ac notis illustratæ sunt, *vid.* CONRING. *d. tr. c.14. seq.* SINCER. *d. epist. p.10. seqq.*

§. 30. Perstitit eadem juris ratio, etiam post exstinctam stirpem Caro-

Carolinam, nam & ſecuti Imperatores, priores Leges confirmarunt & novis ſubinde conditis auxerunt, utut forte omnia priſtina inſtituta, exortis turbis variisque mutationibus, religioſe ſemper non fuerint obſervata, CONRING. *d. tr. c. 17.* In ſpecie Otto M. cui Juris Weichbildici Magdeburgenſis confectio non recte quidem adſcribitur, ID. *d. l. c. 18.* de ſucceſſione nepotum in bona avorum cum patruis, legem tulit, *vid.* LEHM. *Chr. Spir. l. 5. c. 4.*

§. 31. Poſt ea tempora vero usque ad Lotharium II. nihil adeo legum Germanicarum concinnatum, aut ſaltem in uſum Poſterorum, conſcriptum & publicatum eſt (nam in Archivis imperialibus, Viennenſi & Moguntino, multa fortaſſis ejus generis delitеſcere, nonnulli ſuſpicantur, *vid.* SINCER. *d. l. p. 16.*) Memorantur tamen quædam juris Saxonici *additamenta*, ut & leges *Haroldinæ*, quas à Rege Daniæ Haroldo, vicinæ Gentes Germanicæ acceperint, *vid.* CONRING. *d. tr. c. 19.* GRYPHIAND. *de Weichbild. c. 40.*

§. 32. Sub Lothario II. autem leges Germanicas magnam perpeſſas eſſe cladem, dum ille, iis abrogatis, ex ſolo jure civili Romano, cauſas controverſas decidi præceperit, vulgo exiſtimatur, ſed utrumque falſum eſt, ſilent enim Scriptores coævi, & Conſtitutio, qua tanti momenti mutatio facta ſit, nullibi reperitur, de qua re, circa Jus Romanum, iterum erit dicendi occaſio, *vid.* CONRING. *d. tr. c. 20. ſeqq.*

§. 33. A Friderico I. nonnullæ quidem leges latæ ſunt, ſed intuitu Italiæ, non Germaniæ, hujus tamen reſpectu, etiam quædam Conſtitutiones ab eodem Autore, ut & Henrico VI. & Ottone IV. profectæ cenſentur. De cætero veteres leges Carolinas manibus hominum excidiſſe, nec ſecutas magnæ fuiſſe autoritatis, ſed à temporibus Carolinorum, usque ad Seculum decimum tertium, non ex ſcripto, ſed ex receptis moribus, ex æquo ac bono, ſententias pronunciatas eſſe cenſet CONRING. *d. tr. c. 25.*

§. 34. Seculo decimo tertio frequentius leges ſcribi cœperunt, quia in univerſum ſcribendi, & quidem Germanice, uſus, tum magis invaluit, neque tamen Latina ſcriptio ſtatim deſiit, nec omnia literis ſunt commiſſa, aut ſaltem omnibus innotuerunt, interim dubitandum non eſt, quin multa ejus generis in archivis imperii, ac præcipue tabulariis Moguntinis, lateant, *vid.* CONRING. *d. tr. c. 27.*

§. 35. Ad

§. 35. Ad hæc tempora etiam pertinet *Speculum Juris Saxonici*, nam ad Carolum M. ejus origo fabulose refertur, cum intra primos quinquaginta seculi decimi tertii annos probabiliter confectum sit, ab Eccone Repcovio, Nobili Saxone, in lingua Latina, quam Idem in Germanicam transtulit. In Saxonicam versum esse primo speculum illud, contendit GRYPHIANDER *de Weichbild. c. 39.* sed non probat, nec probabilis assertio videtur, si Repcovium cum sua familia, Electoratui Saxoniæ vindices cum HEIGIO *p. 1. qu. 8. n. 59.*

§. 36. Licet vero Codex ille multa fabulosa, quoad legum originem, contineat, ejusque compilatio magnam artem ac judicium, in universum non redoleat, nec etiam autoritate publica sit promulgatus vel postea à Cæsaribus diserte confirmatus, attamen in illa temporum ruditate facile placuit, ac successu temporis ejus autoritas ita crevit, ut Papa Gregorius XI. illum, velut prætenso suo imperio contrarium, exterminare conatus fuerit, *vid.* CONRING. *d. tr. c. 30. 31.* GRYPHIAND. *de Weichbild. c. 40. seqq. usque ad 48.* SINCER. *d. epist. p. 20.*

§. 37. Sicut autem Codex ille, secutis temporibus, præcipuus juris Saxonici fons fuit habitus, ita in ejus interpretationem, à viris præclaræ nobilitatis & dignitatis, haud parum laboris est impensum, CONRING. *d. c. 30.* Inprimis vero, auspiciis Ottonis II. seu Rufi, Burchardus à Mangelfeld, laudati Cæsaris Cancellarius, ac eo fine carceri inclusus, perpetuo commentario seu glossa jus Saxonicum illustrasse dicitur AUTORI *Gloss. Weichbild. ad art. 10.*

§. 38. Sed crassissima illa est ἀνιστορησία, hinc licet forte aliquis ejus nominis Scriptor, glossas, in laudatum jus Saxonicum, concinnare cœperit, Ottoni tamen illi, coævus censeri non potest, sed Eccone Repcovio compilatore, ultra centum annos, recentior, ac seculo decimo quarto glossas scripsisse, existimari debet, CONRING. *d. tr. c. 29.* & inprimis GRYPHIAND. *d. tr. c. 52. 53.* Imo Glossa juris Saxonici non unius Autoris, sed successive aucta est, ac post primum Autorem, Tammonem à Buxtorf quædam adjecisse censet GRYPHIAND. *d. c. 53. n. 11. seqq. vid.* GLOSS. *ad art. 19. l. 1. in fin.*

§. 39. Quicunque vero illi compilatores Glossarum fuerint, hoc certum, quod historiæ omnis fuerint imperitissimi, & licet Romani & Pontificii juris non mediocrem peritiam, ad Saxonici juris cognitionem

nem attulerint, fatente CONRINGIO *d. c. 30.* attamen eo nomine non laudari, ſed magis reprehendi merentur, cum nimis magna ſit abſurditas, ex legibus peregrinis, Germanicas declarare. Adjecit etiam nonnulla Zobelius, quæ omnia, poſt Zobelii obitum, Lipſiæ edi curavit Menius, quæ juris Saxonici Editio, judice SINCERO *d. l. p. 22.* optima eſt, *conſ.* SCHILTER. *de L. E. G. l. 5. c. 1. §. 8.*

§. 40. Inter jura Germaniæ etiam occurrit *Jus Feudale Saxonicum*, quod tamen quo tempore & Autore prodierit, non liquet, quamvis enim GRYPHIANDRO *de Weichbild c. 50. n. 5.* haud ambigendum videatur, quin Fridericus II. ejus ſit Autor, attamen id Gloſſatorum fabulis annumerandum cenſet CONRING. *d. tr. c. 30.* veroſimilius eſſe exiſtimans, quod ab aliquo juris perito, privatâ operâ, ſeculo forte decimo tertio, idem etiam confectum ſit, cui ſubſcribit RHET. *in Comm. jur. feudal. proœm. n. 28. p. 35.* ſed HEIGIUS *p. 1. qv. 8. n. 56.* ejus compilationem Ecconi Repkovio quoque adſcribit, quod probat SCHILTER *in Cod. jur. feud. Alam.* nam Codici juris feudalis Saxonici à ſe edito, nomen Repkovii præpoſuit. SINCERUS tamen *d. epiſt. p. 22.* integro forte ſeculo poſt Speculum, jus feudale Saxonicum confectum eſſe arbitratur.

§. 41. In nonnullis antiquis Codicibus jus illud feudale, librum quartum ſpeculi Saxonici, ſeu Juris Provincialis, conſtituit, GRYPHIAND. *d. tr. c. 39.* Alias vero ſeorſim editum eſt cum Gloſſa perpetua, de cujus tamen Autore mihi nihil liquet, de quo jam dixi in JUR. FEUD. GERMAN. *c. 3. §. 8. 9.* Proſtat illud etiam una cum jure Weichbildico & notis Zobelii, *vid.* SINCER. *d. l. p. 22.*

§. 42. A jure Saxonico dudum diſcretum fuit Jus Svevicum, ex quo enatum eſt *Speculum Juris Svevici Provincialis & Feudalis*, de cujus tamen Autore & tempore nihil certi habetur, nam quod à Bertholdo Barone de Grimmenſtein idem compoſitum ſit, aſſerente id, ſed dubitanter, Goldaſto, illud fundamento caret. Communiter vero Jure Saxonico recentius, ac ſeculo decimo quarto, paulo ante Ludovici Bavari tempora, compoſitum eſſe cenſetur, CONRING. *d. c. 30. in fin.* RHET. *in Comm. jur. feud. proœm. n. 30. p. 35.* SINCER. *d. epiſt. p. 22.* ſed SCHILTER. *in præfat. Jur. Alaman. §. 17.* Svevicum jus feudale, Saxonico antiquius, ac ab Ottone IV. in Comitiis Norimbergenſibus *1208.* confirmatum eſſe putat.

§. 43. Codex hujus juris Ambrasianus MSctus, isque authenticus, in Bibliotheca Vindobonensi asservari, cæterorumque inde descriptorum regula esse perhibetur à SINCERO *d. l. p. 23.* Aliàs cura SCHILTERI nova editio juris feudalis Alamannici, *1697.* cum commentario Ejus satis prolixo prodiit, quod retuli in JUR. FEUD. GERMAN. *c. 3. §. 10. 11. 12.*

§. 44. Hæc communia Germaniæ jura fuerunt; Præterea vero Principes & nonnullæ civitates singularia jura sibi condidere, quamvis non omnia innotuerint. In istum censum referri debent leges Frisiorum Opstalbomicæ, ut & leges Colonienses & Aquisgranenses, quibus etiam nonnullæ aliæ civitates, Rheno vicinæ utuntur, ac inprimis jus Lubecense & Magdeburgense, *v.* CONRING. *d. tr. de O. J. G. c. 28.*

§. 45. Origo juris Lubecensis incerta est. Ad Fridericum I. ejus initia referri posse videntur, cujus autoritate Lubeca obtinuit, ut *justitias, quas in privilegiis scriptis habebat, secundum* jura Sosatiæ *possideret*, ceu loquitur ARNOLD. LYBECENS. *l. 2. Chron. Slav. c. 40.* sed quæ sint illa *Jura Sosatiæ*, non liquet; CONRING. *d. O. J. G. c. 28.* legit: *Holsatiæ*, quam conjecturam nonnulli probant. GRTPHIANDER *de Weichbild c. 80. n. 16.* fatetur: *de jure Susatensi, quale id fuerit, nihil indagare se potuisse, nisi illud, jus Vemicum vicinæ civitatis Tremoniæ redolere, quis opinetur,* de quo dixerat ID. *d. tr. c. 55. n. 20.*

§. 46. Sed illa incerta sunt, hoc certius est, quod Jus Lubecense (quod ex jure Wisbiensi, *vid.* CONRING. *d. tr. c. 19. in fin.* & jure antiquo Slavico nonnulla mutuatum videtur GRYPHIANDRO *d. c. 80. n. 17.* alias autem ex jure Saxonico maximam partem desumtum est, teste SINCERO *d. l. p. 24. conf.* COCCEJ. *J. P. P. c. 3. §. 59.*) magnam autoritatem, quoad vicinas urbes, acquisierit. Exstant ejus diversi Codices, ac à Sibrando & Mevio eruditis commentariis idem est illustratum, *vid.* CONRING. *d. tr. c. 18.* GRYPHIAND. *d. c. 80.* SINCER. *d. l. p. 24.*

§. 47. Inprimis etiam *Jus Magdeburgense* seu *Weichbildicum*, commemorari meretur. Weichbildi vox, in sensu figurato, *jurisdictionem, territorium* ac *jus municipale* notat, *vid.* GRYPHIAND. de *Weichbild c. 72.* quod ultimum etiam *Marcktrecht*, *Stadtrecht* & *Willkühr* dicitur, hinc juris Saxonici proverbium: *Willkühr bricht*

Land-

Landrecht, i. e. ſtatuta derogant juri provinciali. Juxta hæc igitur Jus Weichbildicum in genere, quodvis jus municipale ſignificat, *v.* GRYPH. *d.tr.c.77.*

§. 48. Sed cum Magdeburgum olim Saxoniæ Metropolis haberetur, ideo ejus Jus abſolute & κατ' ἐξοχὴν Weichbildicum dicitur, GRYPH. *d.c.77.* Ejus compilatio ad Ottonem I. vel II. hujusque Cancellarium Burchardum à Mangelfeld fabuloſe refertur, cum id probabiliter, initio ſeculi decimi quarti, demum compoſitum ſit, *vid.* CONRING. *d.tr. c.18.19.* De cætero ex Speculo Saxonico multa deſumſit Collector, adeo ut Jus Weichbildicum *Speculi Saxonici epitomen* eſſe teſtetur GLOSSA *ad art. 1. Weichb. v.* GRYPH. *de Weichb. c. 51.*

§. 49. Adjecta eſt Juri Weichbildico Gloſſa perpetua, de cujus tamen Autore & origine nihil liquet, hoc certum, quod tam Collector quam Gloſſator rudia ſtudia paſſim oſtendant, *add.* HEIG. *p. 1. qu. 3. n. 65.* GRYPHIAND. *d. tr. c. 52. n. 10. 11.* De cætero Jus Weichbildicum non ſolum Magdeburgi, ſed & in aliis urbibus & regionibus valuit, & creduntur nonnullæ civitates, in Juris illius ſignum, ſtatuam Rolandinam collocaſſe, quo ab aliis Urbibus, Jure Lubecenſi utentibus, diſtingverentur, GRYPH. *de Weichbild. c. 80.* id quod in medio relinquimus.

§. 50. Atque illa Jura hactenus enumerata, à tertio decimo inde ad decimum quintum usque ſeculum viguerunt in Germania, adeo ut univerſa Reſpublica, ſi compendio loqui velimus, duplici jure, *Saxonico* & *Svevico* ſeu *Francico*, fuerit adminiſtrata, quorum illud *tractum Saxonicum ad mare Balthicum & Sarmatiam*, hoc *tractum Rheni, Franciam Orientalem & Sveviam latius ſuppoſitum*, complectebatur, prout ex Frehero, Goldaſto, Prizenio & Limnæo annotavit SINCERUS *d. epiſt. p. 25.*

§. 51. Hinc etiam duo ſumma Tribunalia Cæſarea ſeu Palatia vel Palantiæ, *die Käyſerliche hohe Reichs Pfaltzen in Sachſen und Schwaben*, quæ litigantium cauſas ultimato definirent, fuerunt conſtitutæ, quarum vicariam gubernationem, diviſis inter ſeſe limitibus, tenuerunt duo Palatini ſeu Pfaltzgravii, *Saxonicus* & *Rhenenſis*, id quod à Majoribus dudum conſtitutum, Carolus IV. *A. B. c. 5.* confirmavit, SINCER. *d. l.* Palatinosque illos, juxta uſum laudati juris Saxoni-

xonici & Svevici, tempore interregni, *Vicarios Imperatores* esse, simul voluit. Sicut autem nomen Palatini Rhenensis adhuc hodie superat, ita Palatinatum Saxonicum, in *Burggraviatum Magdeburgensem*, abiisse censet OCKEL *de Palat. Reg. s. Scabin. Hallens. §. 86. p. 80.*

§. 52. Imo Jus Saxonicum ac præcipue Weichbildicum, etiam ante confectum Juris Weichbildici Codicem, qui hodie habetur, in Marchiam Misnensem & Lusatiensem, Bohemiam, Prussiam, Livoniam ac Poloniam penetravit, adeo ut ex illis regionibus non raro ad forum Magdeburgense fuerit provocatum, aut saltem informatio inde petita, sed Casimirus II. Rex Poloniæ, provocationes illas circa annum *1356.* vetuit, salva nihilominus Juris Saxonici autoritate ac constituto summo Ejus in arce Cracoviensi Tribunali, *vid.* CONRING *de O. J. G. c. 29. 31.* GRYPHIAND. *de Weichbild. c. 80.* SCHURTZFLEISCH *dissert. de Lusatia §. 11.*

§. 53. Enimvero sicut leges illæ suo tempore fuerunt notæ & cognitæ, ita *cur tanta earum invaluerit oblivio, ut hodie si non omnes, certe pleræque ignorentur*, quæri potest? CONRAD. SINCERUS *d. Epist. p. 106.* quatuor ejus rei causas memorat: (1) Machinationem Pontificiam. (2) Qualitatem legum, quod plurima earum pars olim in moribus constiterit. (3) Turbida Reipublicæ tempora, ac desæviente barbarie (4) Studium novitatis, quo Germani in res exteras ferantur. Addere fortassis licet (5) Statum Reipublicæ nunquam satis apte, ad validum constansque regimen, compositum, ex quo leges ac instituta, nec magnæ autoritatis fuisse, nec diu durasse videntur. (6) Legum Germanicarum ruditatem, quæ lectores non valde alliciat.

§. 54. Majoris momenti disquisitio est, *an omnes illæ leges, ac præcipue antiquiores illæ Carolinæ, adhuc hodie vim legum habeant?* id quod inprimis laudatus CONRAD. SINCERUS *d. l. p. 26. seqq.* persvadere conatur, quia (1) receptio juris Romani facta, salvis legibus Germanicis, (2) quod post promulgationem à Carolo M. factam, pro valore legum promulgatarum tamdiu præsumendum sit, donec sanctio abrogatoria probetur, quæ hactenus nondum appareat, (3) confirmatio Friderici I. Ottonis IV. Friderici II. & Rudolphi I. accesserit, (4) in specie jus Saxonicum & Svevicum in A. B. confirmatum, nec eorum autoritati, secutis temporibus derogatum sit, ac (5) ea sen-

ten-

tentia eruditioribus JCtis, Lindenbrogio, Goldasto, Lehmanno aliisque placeat.

§. 55. Verum mihi *leges antiquiores* à *Jure Saxonico & Svevico cæterisque, quæ utrumque seqvuntur,* omnino distingvendæ esse videntur, illis vix est ut hodie vim legum tribuas, nam (1) pleræque à præsente Reipublicæ statu abhorrent, (2) ex doctrina Conringii §. 33. relata, leges illæ antiquiores jam manibus hominum, post Carolinorum tempora exciderunt, (3) postquam privato studio à nonnullis collectæ sunt, nullus earum usus forensis accessit, denique (4) legibus extraneis ac recentioribus Germanicis omnia nunc velut sunt occupata, ut vix liqueat, quo respectu sanctioni cuidam positivæ antiquiori locus esse possit, aut eadem indigeamus.

§. 56. Nec obsunt rationes oppositæ, nam receptionem juris Romani factam esse, salvis legibus Germanicis, recte quidem dicitur, sed hoc intelligendum est de *legibus, receptionis tempore usitatis,* deinde abrogatio, quoad antiquiores illas, utique accessit, nam non tantum *constans non usus,* positivam rejectionem involvit, sed & insuper *usus contrarius* invaluit, denique memoratæ Cæsarum Constitutiones magis de *affectu*, quam *effectu* testantur, nam à legis *latione* ad *observantiam*, in Germania semper inferre non licet, præterea etiam Constitutiones illæ antiquiores sunt, quam ut ad nostra usque tempora vim suam extendant. Quarta ratio specialis est ac à nobis admittitur, autoritas vero JCtorum nonnullorum, quæ ultimo loco adducebatur, parum obest, nam vel particulariter saltem usum nonnullarum legum asserunt illi, vel, si generalius pronuncient, assertum validis rationibus tueri non possunt, *conf.* ITTER *de feud. imper. c. 2. §. 1.*

§. 57. Verum de Jure Saxonico & Svevico, cæterisque utrumque secutis legibus, aliter dicendum, scilicet quod hodienum quoque autoritatem legum habeant, nam & ab initio valuerunt, quo pertinet ratio SINCERI quarta, nec post ea tempora usus forensis cessavit. Quousque tamen illa jura valeant, alia quæstio est? Debebant sane regulariter legibus extraneis præferri, id quod etiam diserte cautum in ORDIN. SAXON. WITTEBERG. *Tit. was vor Recht,* nec non ORDINAT. APPELLAT. *Tit. was vor Recht*, sed cum post invalescentem legum extranearum usum, hæ magno studio fuerint excultæ, ju-

ra vero patria fere neglecta, ideo vix dubitandum est, quin hæc eatenus saltem valeant, quatenus usu & consvetudine recepta, i. e. probata sunt, in quam sententiam sæpe pronunciat H. PISTOR. *l.1.qv. 16. n. 11. l. 2. qv. 13. n. 82. in fin.* id quod etiam in specie, quoad jus feudale, jam admonui in JUR. FEUD. GERM. *c. 3.* §. *21. 22. 23. add.* ITTER. *de feud. imper. d. c. 2.* §. *2.*

§. 58. Solent de cætero Jura Germanica usitata, plerumque *Consvetudinum* nomine venire, & censet SINCERUS *d. epist. p. 27.* JCtis Italis abscribendum esse, quod sequioribus temporibus, etiam ea, quæ expressa sanctione fuerint constituta, nomine illo involuta sint, cum enim illi, solum jus Romanum edocti, paulatim viderint, in foris Germanicis aliud jus servari, hinc ei, cum rationes illius non intellexerint, titulum Consvetudinis Germanicæ illos imposuisse, quæ denominatio deinceps, inter ipsos etiam Germanos, solennis sit facta, adeo ut bona Consvetudo, revera ignorantiæ nostræ nunc asylum sit.

§. 59. Sed forte Consvetudinis elogium, hîc non eo pertinet, quasi omnes leges Germanicæ, sint *Non scriptæ*, verum notat potius *legem observantia comprobatam*, cujuscunque etiam alias sit originis. Videntur enim Germani eo acrius legibus suis, in vita & foro civili, inhæsisse, quo magis Legistæ, per jus Romanum illas expungere conabantur, hinc probabile est, quod à tenaci illâ observantiâ, quæ minimum per aliquod tempus obtinuit, leges Germanicæ, Consvetudinis titulum acceperint. *conf.* LEHM. *Chr. Spir. l. 4. c. 11.* Quicquid tamen sit, si nomen illud neglectui legum Germanicarum ansam præbuit, tum infaustum omnino censeri debet, quo pertinet invectiva SINCERI, quam ibidem amplius subnexuit.

§. 60. An leges Germanicas antiquiores, &, ut putamus, obsoletas, in artem Jurisprudentiæ & forum reduci, utile sit, disquiri etiam potest? Putat ita SINCERUS *d. epist. p. 119.* contendens, hoc unicum medium ordinando reconcinnandoque Juri nostro, de quo homines privati hactenus tam operosa consilia fecerint, adhuc superesse. Sed jam, quoad leges feudales, in JUR. FEUD. GERMAN. *c. 3.* §. *45. 46. 47.* dissensi, quam sententiam, ob rationum generalitatem, generaliter adstruere non dubito. Sunt jura illa antiquiora in plerisque rudia & superstitiosa ac à præsenti Reipublicæ statu fere abhor-

horrent, præterea pleraque ex legibus connatis decidi possunt, quæ autem positivam Sanctionem desiderant, illa legibus recentioribus satis sunt definita, ut non liqueat, quæ utilitas ex legum illarum antiquiorum reductione sperari possit, Germanos quidem non decet, Germanica negligere, sed non omne etiam eximium probandumque ideo saltem censeri debet, quod Germanum sit.

§. 61. Alia tamen à præcedenti quæstio est, *annon utile sit, historiam juris antiqui excolere?* quod omnino dicendum, & jam hoc in JUR. FEUD. GERMAN. *d.c.3. §. 48.* laudavi, eamque in rem nonnulla eleganter differit SINCERUS *d.l.p. 66. 109. seqq. conf.* ITTER. *de feud. imper. c. 2. §. 1. in fin.* Id tamen addo, nudam rerum antiquarum recensionem, parum utilitatis esse habituram, sed insuper requiri germanam solidamque, quantum fieri potest, earum explicationem, ac accuratum, tam quoad res ipsas, quam præsentem Reipublicæ statum, judicium, infra quod cura eorum, qui evolvendis legibus antiquis operam hactenus dederunt, forte substitit.

§. 62. Ad scopum ut propius accedamus, hodie quadruplicis generis leges in Germania occurrunt. *Universales*, quæ per totam Rempublicam, minimum ex prima ferentium intentione, valent, *Generales*, quæ, divisis districtibus, totam civitatem complectuntur, *Speciales*, quæ in singulis Germaniæ Territoriis obtinent, ac *Specialissimæ*, quæ in usum civitatum municipalium, similiumque Collegiorum, datæ sunt.

§. 63. Universales leges sunt, *Recessus Imperii*, quos vocant. De diversa Eorum suppositione cæterisque capitibus egi in SPECIM. JUR. PUBLIC. *l. 2. c. 2.* Huc pertinent solum *leges positivæ privatæ, ab Imperatore & Statibus Imperii eo fine latæ, ut subditi mediati actiones suas, juxta eas componant.* Ejus generis sunt, quæ quantitatem usurarum definiunt, aut Minores invitos Curatoribus subjiciunt, & similes, quales quidem, post Jus Legislatorium, tam liquido Statibus imperii confirmatum, hodie erunt rariores & forte saltem eo casu, ubi Statuum interest, ut subditi iisdem legibus vivant, adhuc locum invenient, cujus rei exemplum præbet *R. I. de anno 1654. §. 170. seqq.*

§. 64. De cætero illi Recessus, solos subditos mediatos regulariter

riter obligant, Cæsarem enim & Status imperii, quâ tales, aut saltem cum præsupposito imperio, citra subjectionis conditionem spectatos (quales regulariter sunt) Majestas & Superioritas territorialis ab illarum obligatione solvit. Præterea putamus, quod Status imperii, Recessus ejusmodi privatos, in suis Territoriis mutare queant, nisi specialis conventio in contrarium sit inita, nam utut communi consensu leges illæ ferantur, attamen non credibile est, quod eo ipso tam molestam Juri Territoriali velint inferre restrictionem Status, ut sibi eas, pro utilitate Territorii deinceps mutare, fas non sit, sed ad hoc utique specialis expressio necessaria videtur. Interim alii aliter sentiunt, *vid.* SCHWED. *introd. ad jus publ. P. Spec. sect. 2. c. 13. §. 2.* VITRIAR. *I. J. P. l. 3. tit. 17. §. 5. 6.*

§. 65. Leges Generales sunt, *Jus Saxonicum* & *Suevicum nonnullaque alia Jura inde depromta*, de quibus §. 35. *seqq.* actum, nam iis, juxta duos generales districtus, §. 50. jam signatos, omnis Germania olim usa est, & licet per invalescentia jura extranea, eorum autoritas, malis sæpe ex hypothesibus, *v.* SINCER. *d. epist. p. 34.* sit imminuta, ceu jam fassi sumus §. 57. attamen ad unius Territorii angustias, eadem nondum esse redacta, sed legum Generalium titulum suo modo adhuc mereri, recte utique dicitur.

§. 66. Speciales leges sunt, *quas singuli Status imperii, vi juris Territorialis, in usum regionum suarum, prout visum fuerit, etiam contra jura communia privata, Germanica & extranea, condunt.* Tale e. g. est *Jus Saxonicum Electorale.* Hæc jura valent saltem in singulis territoriis, alibi vero autoritatem non habent, nisi quatenus ultro sunt recepta, id quod ex naturâ imperii civilis ultro intelligitur. Sententia FINCKELTHUSII *Observ. 1.* quâ juri Saxonico Electorali, etiam extra ditiones Electorales, autoritas asseritur, vel ambiguitate ludit, vel, si debite constringatur, falsa est. Interim, cum laudatum Jus, sæpe Jus Saxonicum commune declaret, aut alias ea contineat, quæ aliis etiam Territoriis conveniant, ideo alibi quoque, spontaneâ admissione, vim legum sortiri potest & solet.

§. 67. Leges Specialissimæ sunt, *statuta localia municipiorum, vicorum, pagorum minorumque collegiorum,* quæ singula illorum Corporum membra non aliter obligant, quam si vel ex antecedente Imperan-

perantis conceſſione profecta, vel, quod frequentius eſt, ab Eodem confirmata ſint. Quodſi Statuta ab Imperante haud firmentur, tum, modo rationes utilitatis publicæ haud turbent, in vim pacti, inter illos, qui in eadem conſenſerunt, valent, eos vero, qui neque ab initio, neque ex poſtfacto conſenſu ſuo illa probarunt, haud obligant, quamvis facile ſit, ab iis, qui in aliquod collegium cooptari cupiunt, conſenſum elicere.

§. 68. De cætero uti ea omnia, quæ hactenus de Legibus Germanicis diximus, ad *Privatas* pertinent, ita nihilominus hoc nomine, *Civiles, Feudales* & *Eccleſiaſticæ* intelligi debent, nam generalem hic inſtrui doctrinam, §. 20. jam dictum eſt. Differunt autem illæ leges ſaltem *objecto* eique innexo *fine ſpeciali*, in cæteris vero capitibus, juxta veras hypotheſes, conveniunt, de quo etiam, quoad *civiles* & *feudales*, non dubitatur, aſt circa *Eccleſiaſticas* res non perinde liquida & certa eſt, hinc de his adhuc nonnulla generalia, quæ in SPECIM. JUR. ECCLESIAST. *l. 1. c. 2.* fere jam retuli, hic notari debent.

§. 69. Primo igitur obſervandum, quod leges Eccleſiaſticæ, ab ipſa religione, penitus differant, hæc enim eſt norma, juxta quam Deus eſt colendus, ſed illæ modum externi cultus indifferentem determinant, ac inſuper cavent aut certe cavere debent, ne religionis prætextu, pax humana & civilis turbetur. Ex quo fluit, quod S. Scriptura indiſtincte legibus Eccleſiaſticis haud poſſit & debeat annumerari, ceu nonnulli opinantur, *vid.* SCHILTER. *I. J C. l. 1. tit. 2. §. 1. 2. 3.* nam exinde nihil aliud, niſi Theologiæ & Jurisprudentiæ confuſio ſequi poteſt.

§. 70. Illud legibus Eccleſiaſticis & Secularibus ſecundo commune eſt, quod ratione originis, *divinæ* vel *humanæ* ſint, omnes tamen in Civitate, in qua valent, *humanæ* dici ſoleant, ceu in genere §. 21. admonitum, de quo adeo hic nihil in ſpecie dicendum. Id etiam tertio omnibus quidem legibus commune eſt, quod iis intelligendis, certus Reipublicæ ſtatus ſit præſupponendus, quod §. 18. indicavi, inprimis tamen quoad leges Eccleſiaſticas illius præſuppoſiti neceſſitas ſe exſerit, nam non tantum ex diverſitate ſtatûs, diverſa legum Eccleſiaſticarum eſt conditio, ſed & ſæpe contumax exinde oritur præjudicium, cui adeo evitando diverſitas illa notari debet.

§. 71. Quodſi adeo ſtatum naſcentis religionis Chriſtianæ præ-

ſupponas, tum fere *Decreta* & *Canones*, à Chriſtianis communi conſilio in Conciliis aliisque congregationibus, & utplurimum quidem ſine Imperii civilis, utpote iſtam curam à ſe amolientis, interventu conditi, tantum occurrent, quæ res uti pro ratione illius ſtatus bene ſe habet, ita cavendum eſt, ne iſtam leges Eccleſiaſticas condendi rationem, immutabilem credamus, ac ſtatu Eccleſiæ & Reipublicæ mutato, imperioque Civili curam religionis, ut par eſt, ſibi aſſerente, leges Eccleſiaſticas, ab hoc profectas, exinde improbemus.

§. 72. Si vero Papatum præſupponas, tum omnes leges Eccleſiaſticæ à Papa Romano ultimatò ſunt derivandæ, præterea, quo ille rerum omnium dominus videatur, Secularia & Eccleſiaſtica commiſceri, omniaque rationibus papalibus attemperari debent, quem in modum Scriptores Pontificii etiam docere ſolent, *vid.* DESSEL. *Erotem. Jur. Canon. l. 1. tit. 2. 3. 4.* De cætero ubi ille ſtatus reperitur, ibi libertatem Rerumpublicarum iniqua tyrannide oppreſſam, legesque Eccleſiaſticas corruptiſſimas exiſtimare debemus, id quod §. 19. jam indicatum, alibi autem profeſſa opera demonſtrandum eſt.

§. 73. Denique ſi aliqua Reſpublica ſit ſui juris, ac curam religionis ſibi aſſerat, tum leges Eccleſiaſticæ, à conſveto omnium legum principio, ſcilicet imperio civili, proficiſcuntur, qui ſtatus etiam ſanus & ordinarius cenſeri debet, ut hactenus nihil ſit, quod in ejusmodi legibus deſideres, quanquam alio reſpectu poſſint eſſe imprudentes, aut ea ſancire, quæ indoli religionis non ſatis conveniant.

§. 74. Quodſi Germaniam intueamur, olim ante Reformationem, barbarie & papatu mirum in modum eadem fuit infeſtata, præterea ſtatus ejus civilis perpetuo fere fluctuavit, hinc leges Eccleſiaſticas, & in ſe rudes papatuque inquinatas, & ab incerto ſæpe principio profectas, tum ſaltem reperire licet. Poſt reformationem pax Religioſa & Weſtphalica confecta quidem eſt, ſed utraque ad leges fundamentales pertinet, Statuumque Proteſtantium libertatem confirmat, de cultu vero in uſum ſubditorum ordinando, nihil diſponit, hinc ad Jurisprudentiam publicam utraque referri debet.

§. 75. Quis hodie in Germania ſtatus, quæque adeo legum condendarum ratio ſit, §. 18. jam indicatum eſt, ſed illa ad leges Eccleſiaſticas non ita ſimpliciter quadrat, nam vix eſt, ut lex aliqua Eccleſiaſtica

ſtica hodie in Comitiis univerſalibus condatur, cum non tantum ſinguli Status, juris ſui intelligentes, in uſum Territoriorum ſuorum, leges ferre queant, ſed & inprimis tota Reſpublica Germanica, ad ferendas leges Eccleſiaſticas ſit inhabilis, dum nonnulla ejus membra papatui adhuc ſubſunt, alia vero hoc jugum excuſſerunt, illis ſine Pontificis interventu aliquid decernere religio eſt, hæc vero eum velut hoſtem averſantur, *add.* §. *63. h.*

§. 76. Novæ igitur leges Eccleſiaſticæ in ſingulis Statuum Territoriis fere quærendæ ſunt, & Pontificii quidem Status vel à Pontifice eas accipiunt, vel etiam proprio Marte, ſed rarius forte, condunt, Proteſtantes vero, vi imperii civilis illibati, illas ferunt, ut hactenus, ratione principii, res optime ſe habeat, licet ipſæ leges papatu vel aliis vitiis laborare poſſint & nonnunquam ſoleant.

§. 77. Juxta diverſa itaque tempora, variæ leges Eccleſiaſticæ in Germania occurrunt, nam ut de Jure Juſtinianeo & Canonico nihil dicamus, quæ poſtea ſeorſim conſiderabimus, poterunt in cenſum legum Germanicarum Eccleſiaſticarum referri ea, (1.) quæ à Chriſtianis tam in primitiva Eccleſia, quam variis Conciliis poſtea ſecutis acta, ac à Germanis quoque probata ſunt, (2.) in ſpecie quæ in Germania vel in Conciliis vel alia ratione conſtituta fuerunt, quibus accedunt (3.) quæ in ſingulis territoriis ſucceſſive prodierunt, aut pro re nata conduntur.

§. 78. Exiſtimat Dn. SCHILTER. *in I. J. C. l. 1. tit. 2. §. 24.* tam Eccleſiæ quam Reipublicæ utile futurum eſſe, ſi ex Receſſibus imperii ac inprimis ex Pace Religioſa ac Weſtphalica, Codex Juris Eccleſiaſtici conficeretur, ac ex hiſtoria & Jurisprudentia illuſtraretur, eidemque Codex Conciliorum Eccleſiæ Germanicæ, debita cum explicatione, adjungeretur. Verum uti Pax Religioſa & Weſtphalica ad juris publici diſciplinam pertinet, ita legum Eccleſiaſticarum antiquarum privatarum exiguum vel nullum uſum legalem, quoad Eccleſias Proteſtantes, futurum eſſe arbitror, hiſtoriam tamen juris antiqui cum judicio, de quo §. *61.* dixi, confectam, utilitate ſua haud deſtitutum iri concedo.

§. 79. De cætero finis legum Eccleſiaſticarum, quod quarto ſeorſim notandum, ſpecialis eſt, quo cultus externus recte inſtituatur, nec

nec pax civilis, religionis prætextu, turbetur, *add.* §. 20. An vero *ſalus æterna* pro earum etiam ſcopo haberi queat, peculiariter quæritur? Solent hoc de jure Canonico Pontificii aſſerere, *vid.* DESSEL. *Erotem. proœm. qu.* 1. PHILIP. BRAUN *Princip. jur. Canon. in Proœm.* quod ad jus civile etiam extendit *Dn.* LYNCKER *in analect. ad Deſſel. d. l.* ſed utrumque rejeci in SPECIM. JUR. ECCLES. *l. 1. c. 2. §. 9. 10.* quodſi tamen iſta conciliare velis, dicas, ſalutem æternam eſſe *finem per accidens*, qui non ſit in poteſtate legum Eccleſiaſticarum, ſed earum occaſione aliquando ſequatur, ſeu eſſe finem, quem hæ non *jubendo*, ſed *ſvadendo* & *optando* intendant, quo etiam *d. c. 2. §. 9.* jam inclinavi, *conf. c. 1. §. 15. h.*

CAPUT IV.
DE JURE CANONICO.

SUMMARIA.

Inter leges extraneas primo occurrit Jus Canonicum §. 1.
Quod à canonibus habet originem §. 2.
Quorum antiquiſſimi cenſentur Canones Apoſtolorum §. 3.
Variæ Canonum collectiones §. 4. 5. 6. 7.
Decreti compilatio §. 8. Partitio §. 9.
Autoritas inter Pontificios §. 10.
Uſus in ſcholis §. 11. 12. Inſufficientia §. 13.
Ob quam ſecutæ ſunt Decretales §. 14.
Harum pars prima §. 15. Secunda §. 16.
Tertia §. 17. Quarta §. 18.
Differentia decreti & decretalium §. 19.
Harum autoritas, & totius Juris Canonici habitus §. 20. 21.
Inſtitutiones juris Pontificii & liber ſeptimus Decretalium §. 22.
Aliæ ejus partes §. 23.
Judicium de interpretibus juris Pontificii §. 24.
Jus Canonicum Germanis quoque obtruſum §. 25.
A Proteſtantibus vero libere retentum fuit §. 26.
Ejus inter hos auctoritas §. 27. 28.
Rectius illud aboletur quam conſervatur §. 29. 30
Nec tamen ſine difficultate abrogari poteſt §. 31.

§. 1.



INter leges extraneas, quibus Germani utuntur, & de quibus nunc, juxta *cap. præc.* §. 21. indicium, dicendum, primo loco commemorari debet *Jus Canonicum*, licet enim illud Jure Romano longe ſit recentius, attamen citius in Germaniam penetravit, adeoque, hujus intuitu, Romano antiquius cenſeri, priusque adeo expendi debet. De cætero Juris Canonici (1.) *indoles*, (2.) *in Germania autoritas* ſummatim expendenda ſunt, de utroque in SPE-

SPECIM. JUR. ECCLES. *l.1.c.2.* §. *21.seqq.* egi, sed Disciplinæ nostræ intentio exigit, ut hic etiam summa capita legantur.

§. 2. Primum quod attinet, originem habet Jus Canonicum à *Canonibus,* quo nomine regulæ fidei & morum in S. Scriptura notari solent, *Gal. VI,* 16. *2. Cor. X,3. vid.* ZIEGLER. *dissert. de Orig. & increm. Jur. Canon.* §. *1. 2. 3.* Postea nomen illud ad alia etiam decreta translatum est, nam post tempora Apostolorum, de fide & disciplina Ecclesiastica in Conciliis fuit actum, ac regulæ fidei, *Symbola,* morum vero, *Canones* dictæ sunt.

§. 3. Antiquissimi Canones censentur esse *Canones Apostolorum,* quos vocant, de quorum tamen origine, numero & autoritate, inter ipsos etiam Pontificios controvertitur, *vid. can. 3. 4. Distinct. 15.* FRANCISC. *de* ROY *I.J.C. l.1. tit.1.* §. *3.* ZIEGLER. *d. dissert.* §. *9. seqq.* Ex sententia SCHILTERI *I.J.C. l.1. tit.2.* §. *4.* sunt compendium decretorum, tribus seculis prioribus, sub Cæsarum ethnicorum imperio, in Conciliis Christianis factorum, sed vix est, ut tam honorifice de illis Canonibus sentire possis.

§. 4. Postquam Respublica Romana Seculo quarto, Christianos nacta est Imperantes, in Conciliis, horum ductu non infrequenter habitis, varia decreta sunt, quæ diversis Collectionibus materiam suppeditarunt. Canones Ecclesiæ Orientalis collegit *Stephanus,* Episcopus Ephesinus, eosque DIONYSIUS EXIGUUS, Abbas, in usum Ecclesiarum Occidentalium, latinitate donavit, varieque, prout visum fuit, interpolavit, ZIEGLER. *d. dissert.* §. *15. seqq.*

§. 5. Ab hoc tempore, tam in Orientali quam Occidentali Ecclesia, peculiaria legum Ecclesiasticarum Systemata prodierunt. In illa inprimis inclaruit PHOTII, Patriarchæ Constantinopolitani *Nomocanon,* Seculo IX. prodiens, in hac vero, post Dionysii Exigui laborem, variæ quidem Collectiones confectæ sunt, sed exiguam illæ habuerunt autoritatem, ZIEGLER. *d. dissert.* §. *19. seqq.*

§. 6. Quemadmodum vero Episcopus Romanus mature hoc egit, quo dominatum aliquem universalem inter Christianos sibi acquireret, ita eo fine etiam leges Ecclesiasticæ vel efficta vel corruptæ sunt, nam Seculo IX. impostor quidam, sub nomine ISIDORI MERCATORIS vel PECCATORIS, putativos antiquissimorum Episcopo-

rum Romanorum epistolas decretales, cum aliis, ad stabiliendam hierotyrannidem spectantibus, edidit, ac ementita illa antiquitate papatum incrustavit, quæ fraus Seculo demum XV. intelligi cœpit, postea vero à BLONDELLO in Pseudo-Isidoro penitus detecta est, ZIEGLER. *d. differt.* §. 25. 26. 27.

§. 7. Interea in colligendis componendisque legibus Ecclesiasticis magis magisque laboratum est. *Anno 1010.* BURCHARDUS, Episcopus Wormatiensis, novam Canonum *Collectionem* confecit. Prodierunt *anno 1124.* insolentes illi GREGORII VII. *Dictatus.* In Gallia *Ivo* circa annum circiter 1136. edidit *Decretum* & *Pannomiam*, quæ aliis curiosius evolvenda relinquimus, *vid.* ZIEGL. *d. l.* §. 29. *seqq.*

§. 8. Quo autem universalis illa Monarchia papalis, quæ hactenus non levia incrementa sumserat, universali aliquo jure magis stabiliretur, GRATIANUS, Monachus Bononiensis, ejus rei fundamenta jecit, dum post varias aliorum collectiones, *Concordiam discordantium Canonum* sive *Decretum*, quod primam Juris Canonici partem hodie constituit, *anno 1127.* vel, ut alii volunt *1151.* composuit ex Conciliorum Canonibus, Decretalibus Pontificum, Scriptis Patrum ac nonnullis legibus Romanis, *vid.* FRANCISC. *de* ROY *I. J. C. proœm.* §. 4. ZIEGLER. *in not. ad d.* §. 4. & 6. porro in *d. Differt.* §. 36. 37. 38. 39. THOMAS. *de Plag. literar.* §. 452.

§. 9. Constat Decretum tribus partibus: Prima continet *centum & unam Distinctiones*, quarum singulæ aliquot *Canones* comprehendunt, qui sic allegari solent, v. g. *can. 1. distinct. 3.* Secunda exhibet *XXXVI. Causas*, sub singulis *Quæstiones* ac sub his *Canones* comparent, in eâque hæc allegandi ratio obtinet, v. g. *can. 1. Cauf. 3. qu. 2.* sed circa *Causam 33.* ejusque *Quæstionem 3.* specialiter notandum, quod *septem Distinctiones* de *Pœnitentia* complectatur, quarum hæc est allegatio, v. g. *Can. 1. Distinct. 2. de Pœnitent.* Tertia *quinque Distinctionibus de Consecratione* absolvitur, in eâque hic allegandi modus in usu est, *Can. 2. Distinct. 2. de Consecrat. add.* ROY *d. proœm.* §. 7. *ibique Ziegl.*

§. 10. De autoritate Decreti legali inter Pontificios controvertitur, communior tamen sententia eo fere tendit, quod illud, cum à nullo Pontifice confirmatum sit, non majorem habeat autoritatem obli-

obligandique efficaciam, quam Autores, ex quibus ſingula depromta ſunt, hinc in ſpecie Gratiani ipſius *Dicta* & *Canones*, quibus *Palea* nomen appoſitum eſt, nullius valoris eſſe exiſtimantur, *vid.* ZIEGLER. *d. diſſert. §. 40. usque ad 47.* ROY *I. J.C. proœm. §. 5. 6. ibique Ziegl.* CONRING. *de orig. jur. Germ. c. 26.*

§. 11. Licet vero Gratiani Decretum multis laboret nævis, ac dubiæ ſit autoritatis, in ſcholis tamen magno applauſu ſtatim exceptum eſt, adeo ut jam tempore Friderici I. Imperatoris, ejus interpretes, *Decretiſtæ* fuerint dicti, cumque circa ea fere tempora Jus Juſtinianeum in Italia iterum efflorescere cœperit, hinc morem creandi *Doctores utriusque Juris* nonnulli inde repetunt, *vid.* ZIEGL. *d. diſſert. §. 40. 50.* de quo alibi agendum erit.

§ 12. Ratio autem acquiſitæ illius autoritatis, ex conjectura FRANCISCI *de* ROY *d. proœm. §. 6.* dependet à *modo ſcribendi*, quem Gratianus ex Philoſophia Scholaſtica deſumſiſſe cenſetur, ac *Academiæ Bononienſis celebri nomine*, quibus *ſtudium adulandi aulæ Pontificiæ*, adjiciendum videtur, *vid.* ZIEGL. *d. diſſert. §. 48.* quamvis nonnunquam Pontifici parum grata ex imprudentia etiam retulerit Gratianus, ob quam cauſam confirmatio Pontificia fortaſſis haud eſt ſecuta.

§. 13. Quamvis vero Gratiani Decretum papatui ſatis eſſet attemperatum, reſtituto tamen jure Romano, deprehenſum eſt, quod illud decidendis omnibus cauſis, quas tamen Pontifex ſuo imperio ſubjectas eſſe putabat, non ſufficeret, inprimis proceſſus forenſis exinde non ſatis inſtrui vel implicari poſſe videbatur, ne igitur ex jure Romano, cum Majeſtatis Pontificiæ præjudicio, quædam deciſiones petendæ eſſent, de jure Canonico augendo ſtrenue laboratum eſt. ZIEGL. *d. diſſert. §. 50.*

§. 14. Nova igitur Pontificum decreta quotidie prodierunt, ex quibus novæ collectiones exortæ ſunt, quarum quinque, poſt Gratiani decretum, extra Corpus Juris Canonici numerantur, ZIEGL. *d. diſſert. §. 50. 57.* Poſtea ſecutum eſt *Volumen Decretalium*, ſcilicet *Epiſtolarum*, quod alteram partem generalem Juris Canonici conſtituit, ac in varias partes iterum diſpeſcitur.

§. 15. Prima pars exhibet *Decretales*, quas Papa GREGORIUS IX.

per

per RAYMUNDUM DE PENNA FORTI *anno 1230.* colligi curavit. Communiter illa audit *Extra*, quia extra decretum Gratiani habetur, eaque denominatio in ſcribendo, ſola litera X. indicatur. De cætero conſtat *quinque libris*, quorum ſinguli, *Titulos*, ſub ſe varia *capitula* continentes, exhibent, ex quo hæc allegandi ratio invaluit, v.g. *cap. 1. X. de elect. add.* ZIEGL. *d. diſſert. §. 52. 53.*

§. 16. Secundam partem conſtituit *Liber Sextus Decretalium*, quem Papa BONIFACIUS VIII. *anno 1297.* confici juſſit, quique itidem in *quinque libros*, variis *Titulis* & *Capitulis* amplius diſtinctos, diſpeſcitur, hac allegandi ratione obtinente, v. g. *c. 5. de jurejur. in ſexto* vel *6.* In Galliam iſta pars ob lites, quæ Philippo Pulchro cum iſto Pontifice interceſſerunt, non admiſſa cenſetur, ZIEGLER. *d. l. §. 54. 55. 56.*

§. 17. Tertia pars continet Conſtitutiones Papæ CLEMENTIS V. quas Ejus Succeſſor, JOHANNES XXII. circa annum circiter 1317. edi curavit. Abſolvitur etiam illa *quinque libris*, qui *Titulos* ac hi, *Capitula* ſiſtunt, allegatio hæc in uſu eſt, v.g. *vid. Clement. 1. de ſent. & re jud.*

§. 18. In quarta parte comparent Conſtitutiones JOHANNIS XXII. circa annum circiter 1340. compoſitæ ac quatuordecim *titulis* comprehenſæ. Communiter *Extravagantes Johannis XXII.* audiunt, eoque nomine, addita Tituli rubrica vel numero, vel utroque, allegari ſolent. Ultima pars variorum Pontificum Conſtitutiones exhibet, quarum collectio ad annum 1484. refertur. Vulgo *Extravagantes Communes* dicuntur ac in *quinque libros* (deficiente tamen quarto) diſpeſcuntur, quorum ſinguli *Titulos* aliquot, & hi, *Capitula* continent, quæ hac ratione allegantur, v. gr. *cap. 1. Extrav. commun. de præbend.*

§. 19. Hæ ſunt partes Juris Canonici vel Pontificii, nam quod aliqui Jus Canonicum in Decreto, Pontificium in Decretalibus contineri exiſtiment, *vid.* SCHILTER. *in præfat. I. J.C.* LINCK. *de jur. epiſcop. procem, n. 7.* id rationem ſolidam non habet, cum Gratianus, perinde ac Pontifices, non genuinum aliquod jus Canonicum vel Eccleſiaſticum, ſed Pontificium tradiderit, *vid.* ZIEGLER. *d. diſſert. §. 34.*

§. 20. De cætero de autoritate Decretalium, inter veros Pontificios non dubitatur, licet certo non conſtet, an Extravagantes, Pontificis

tificis cujusdam jussu, collectæ sint, ZIEGLER. *d. l. §. 58.* PLETTENBERG *introd. ad jus Canon. c. 24. n. 3.* Alias totum Juris Pontificii Corpus, quoad *materiam*, est confusum aliquod chaos, in quo perversa Theologia ac corrupta, tam secularis quam Ecclesiastica, Jurisprudentia miscentur, quam confusionem ex ipsis etiam statûs papalis rationibus, repetere licet.

§. 21. Quoad *formam externam*, Jus illud, juri Romano, quodammodo simile est, ceu ostendit ZIEGLER. *d. dissert. §. 52.* Ratio etiam ex Decretalibus allegandi, cum allegatione, in jure Romano usitata, congruit, minus tamen molesta est, cum singularum Partium materiæ, eodem fere ordine decurrant, juxta decantatum versiculum: *Judex, Judicium, Clerus, Sponsalia, Crimen.* Sunt hæc inventa veterum Legistarum & Canonistarum, quibus sanior Jurisprudentia facile careat, quamvis multi magnam iis eruditionem inesse, ex veteri superstitione, hodie quoque existiment.

§. 22. Præter ea, quæ Corpus Juris Canonici constituunt, PAULUS LANCELLOTTUS, parem cum Triboniano famam censecuturus, *Institutiones Juris Canonici* anno *1563.* edidit. Sed cum Pontificis confirmatio non accesserit, ideo inter ipsos etiam Pontificios autoritate illæ carent; Idem dicendum de *Libro Septimo Decretalium*, quem circa finem Seculi XVI. PETRUS MATTHÆI composuit, ZIEGL. *d. dissert. §. 59.* Alias alium Librum Septimum Decretalium anno *1598.* jussu Papæ CLEMENTIS VIII. compositum, sed ex certis rationibus non publicatum refert PLETTENBERG *introd. ad jus Canon. c. 24. n. 2.*

§. 23. Juri Pontificio generaliter supposito etiam annumerari solent *Bullarium, Regulæ Cancellariæ Apostolicæ, Decisiones Rotæ Romanæ, Concilium Tridentinum* ejusque *Declaratio.* vid. LYNCKER *analect. ad Dissel. Erotem. proœm.* & si quæ alia adhuc ejus generis occurrunt. Quæ omnia si in aliquod Volumen compingantur, monstrum horrendum inde oriturum esse, dubitari non debet, *add.* ZIEGL. *d. dissert. §. 59.* Sed non temere tale quid vel metuendum vel sperandum est, cum Hierarchiæ papalis rationes nimium quantum Reformatione turbatæ sint.

§. 24. De interpretibus Juris Pontificii antiquioribus, judici-

um *Cujacii* & *Sleidani* parum honorificum refert ZIEGLER. *d. differt.* *§.59.* Ipsi etiam *Canonistam*, quem vocant, mulo comparant, *vid.* DIFFERENT. JUR. CIV. & CANON. *ad Schilter. I.J. C.thes.1. p.632.* Illud certum, quod cum Scriptores illi solidiori literaturâ destituantur, præterea angustis legum particularium hypothesibus sint occupati, denique studia eorum libera non deprehendantur, sed corruptissimis potius papatus hypothesibus attemperata sint, parum sani eorum doctrinæ insit, adeoque magna cum circumspectione illi legi debeant.

§. 25. Postea etiam autoritas Juris Canonici spectanda est, *vid.* §.1. Videtur illud Seculo XIII. in Germania innotuisse, nec tam ultro receptum, quam à Pontifice potius pro imperio, quo tum inter Gentes superstitiosas polluit, datum esse, quanquam illud non extra controversiam fuerit, *vid.* JUS SAXON. PROVINC. *l. 1. art.3.* CONRING. *de O.J. G.c.26.* Postea ab Imperatore Friderico II. & Rudolpho I. idem confirmatum esse perhibetur, *vid.* RHET. *Differt.* de autorit. Jur. Can. *hab. Francof. 1681. c. 1. n.150.*

§. 26. Post exortam in Germaniâ religionis Reformationem, quidam imperii Status in pristina servitute perstiterunt, alii vero jugum illud Pontificium excusserunt, hoc tamen non obstante, jus Canonicum in Scholis & Foro, ab his etiam retentum est, ut ejus *valor*, hoc respectu, ex *ultronea admissione* vel *retentione* derivari debeat.

§. 27. Quousque vero ejus autoritas extendatur, deinceps quæritur? ad quod ita breviter respondendum erit: in rebus *historicis* Jus Canonicum nullam habet autoritatem, nisi in quantum, instituto legitimo examine, veritati aliisque probatæ fidei historiis consentire deprehenditur, *vid.* ZIEGLER *d. differt.* *§.39.52.* In *Theologicis* ejus valor ex S. Scriptura æstimandus est. Denique in *Juridicis* valere illud non debet, quatenus legibus divinis repugnat, quamvis pravo usu his illud sæpe præferatur.

§. 28. Quod vero sanctiones Juris Canonici licitas attinet, possunt illæ vel cum *Jure Romano* vel *Germanico* conferri. Priori respectu quid obtineat sequenti Capite expediemus, posteriori vero dicendum, quod regulariter jus Canonicum Germanico vetustate non obliterato, *vid. cap. præc. §. 54. seqq.* cedere debeat, adeo ut illud sit *jus commune subsidiarium*, quo, deficiente proprio, uti liceat, nam

Sta-

Status Protestantes, in præjudicium legum propriarum, jus Canonicum retinuisse, nulla verisimilitudine asseri potest. Quodsi vero certis in casibus, legibus domesticis, vel expressa sanctione, vel constanti usu illud sit prælatum, tum ejus autoritas utique admittenda erit, *conf.* STRYK. *in not. ad Brunnem. J. E. l. c. 3. §. 4.*

§. 29. Jus Canonicum rectius aboleri quam conservari censet ZIEGLER. *d. dissert. §. 67.* à quo non valde abludit CONRING. *de O. J. G. c. 26. in fin.* Verum si accurate res ista sit expedienda, duæ quæstiones distingvendæ esse videntur: (1) *An utile sit, ut jus illud tollatur.* (2) *An vel tempore Reformationis, vel hodie is sit Germaniæ status, ut illud facile tolli queat?*

§. 30. Prius omnino affirmandum videtur, cum in jure Canonico impia multa contineantur, ac pleraque etiam à statu Territoriorum Protestantium abludant, *add.* ZIEGLER. *d. dissert. §. 63. seqq.* Vis tamen hujus assertionis non eo extenditur, quasi penitus jus Canonicum sit exterminandum ac hominum manibus excutiendum, sed eo saltem pertinet, ut, abrogata ejus autoritate, inter Scripta privata illi locus relinquatur.

§. 31. Posterius vero negandum forte erit, quamvis nihilominus facilius hodie, quam tempore Reformationis, illud abrogari posse videatur. Atque juxta hanc distinctionem nunc intelligi velim, quæ olim in SPECIM. JUR. ECCLES. *l. 1. c. 2. §. 63. seqq.* generalius paululum hanc in rem disputavi. Illud interim certum est, quod Juri Canonico semper operam dare liceat, quæcunque etiam fata illud sit habiturum, quemadmodum cuivis habili integrum, ejus non abrogati Professionem ambire & acceptare, quo pertinent tradita ZIEGLERI *d. dissertat. §. 68.*

CAPUT V.
DE JURE ROMANO.

SUMMARIA.

Juris Romani triplex consideratio §. 1.
Ejus habitus ante Justinianum §. 2. 3. 4. 5. 6. 7.
Sub Justiniano prodiit Codex §. 8.
Secutæ sunt Pandectæ & Institutiones §. 9.
Successere Codex repetitæ prælectionis & Novellæ §. 10.
Libri Juris Justinianei §. 11.
Institutionum §. 12.

 Pan-

§. I.



SEcundo inter Leges extraneas, in Germaniam admissas, occurrit *Jus Romanum* sive *Justinianeum*, circa quod itidem (1) *indolem*, (2) *receptionem* & *autoritatem* breviter, pro instituti ratione, considerabimus. Illam quod attinet, cum celebre hic sit Imperatoris Justiniani nomen, non incommode, ejus intuitu, partitio instituitur, ut Jus Romanum, vel *ante Justinianum*, vel *sub illo*, vel *post eum* spectetur.

§. 2. Ante Justinianum triplex Reipublicæ Romanæ status occurrit, *Regius*, *Popularis* & *Imperatorius*. In statu regio fuerunt Leges *Regiæ* seu *Curiatæ*, à Collectore, *Jus Civile Papirianum* dictæ, *l. 2. §. 2. de O. J.* Exactis Regibus, eorumque legibus sublatis, in statu populari, *mores* & *consuetudines* aliquamdiu viguerunt. Secutæ sunt *leges duodecim Tabularum*. His accesserunt usuque autoritatem acceperunt, *interpretationes JCtorum*, nec non *Legis actiones* seu *actionum forensium formulæ*, à collectoribus, *Jus Flavianum* & *Ælianum* nuncupatæ. *d. l. 2. §. 3. seqq.*

§. 3. Prodierunt quoque *Leges* strictissime sic dictæ, in statu tranquillo, *Plebiscita*, in turbido: Memorantur etiam *Senatus consulta d. l. 3. §. 8. seqq. §. 4. seqq. I. de J. N. G. C.* sed, ut videtur, præter fidem historiæ, *v.* HUBER *Digress. l. 1. c. 3. add.* GELL. *N. A. l. 1. c. 23.* Fuit etiam aliquis locus *Juri Honorario*, dum Prætores vel leges jam latas confirmarunt, *v. l. 8. de J. & J.* vel novas condiderunt, *l. 2. §. 10. de O. J. §. 7. I. de J. N. G. C.*

§. 4. Successit status Imperatorius, *lege Regia* firmatus, *v.* HUBER *Digress. l. 1. c. 17. seqq.* In eodem autoritatem retinuerunt *Edicta Prætorum*, jussu Hadriani, à Salvio Juliano collecta, unde *Edictum perpetuum* exortum est. *v. Constit.* Tanta. *§. 18. l. pen. C. de condict. indeb.*

JCtis

JCtis quoque poteſtas de jure reſpondendi conceſſa eſt à Cæſaribus, hinc *Reſponſa Prudentum* aliquam Juris ſcripti partem conſtituiſſe vulgo exiſtimantur, *§.8. I.de J.N.G.C.* Sed verius eſt, JCtos non *tuliſſe novas leges*, ſed *jam datas ad factum ſaltem applicaviſſe.*

§. 5. Hinc non major olim, quam hodie, fuit JCtorum autoritas, ac ea ſaltem, inter reſponſa ſtatus popularis & imperatorii, apud Romanos, interceſſit differentia, quæ hodie inter reſponſa *Doctoris privati*, & *Collegii Juridici* eſt: Nam utraque ſaltem legum applicationem continent, hæc tamen illis autoritate præſtant, tum quod Collegium ab Imperante ſit inſtitutum, tum quod pro multis major veritatis ſit præſumtio, *add. l. 1. in fin. ex quib. cauſ. major. in integr.* HUBER. *Digreſſ. l. 2. c. 2. §. 3.* KULPIS *diſſert. de Conſolidat. hab. Argentor. 1683. §. 6.*

§. 6. Inprimis vero ipſi Imperatores leges tulere, quæ vel ſub nomine *Orationum* & *Senatusconſultorum*, vid. *l. 9. de Leg. l. 23. de donat. int. vir. & uxor. l. pen. ad SCtum Tertull. l. 1. de fer. l. 16. de ſponſal. l. 1. de reb. cor. qui ſub tut. l. 60. de R. N. l. 8. de transact. l. 23. §. 2. de condict. indeb. l. 7. C. de præd. min. l. 1. C. de interd. matrim. inter pupill. l. 8. C. de Leg.* vel ſub nomine *Conſtitutionum* innotuerunt, *vid. l. fin. C. de Leg. Nov. Leon. 78.* HUBER *Digreſſ. l. 1. c. 3.* De cætero diſtingui ſolent (1) à *modo promulgandi*, in *Edicta*, *Reſcripta* & *Decreta*, vid. *l. 3. de his quæ in teſtam. del.* OBSERV. LAUTERB. *Obſerv. 16.* (2) à *ſubjecto*, in *generales* & *ſpeciales*, *§. 6. I. de J. N. G. C.* quæ tamen diviſiones etiam ad leges civitatum polyarchicarum quadrant.

§. 7. Iſtas Imperatorum Conſtitutiones, ab Hadriano usque ad Valerianum & Gallienum, collegit *Gregorius JCtus*, à Claudio usque ad Conſtantinum M. *Hermogenes JCtus.*, à Conſtantino usque ad ſua tempora, *Theodoſius Junior Cæſar*, hinc tres Codices extiterunt, *Gregorianus*, *Hermogenianus*, qui ethnicorum, & *Theodoſianus*, qui Chriſtianorum Imperatorum conſtitutiones exhibent, *v.* GOTOFRED. *manual. Jur. c. 4. p. 16. add.* OBSERV. LAUTERB. *Obſerv. 10.*

§. 8. Succeſſit in ſtatu Imperatorio *Juſtinianus*, hic ſecundo Jus Romanum ſub illo ſpectari debet. Ille ſcilicet ex tribus Codicibus memoratis, ac ſequentium Imperatorum conſtitutionibus, *vid.*

GOTOFRED. *man. p. 1. c. 6. p. 19.* confici curavit anno 528. 529. *Codicem Justinianeum, vid. Constit. de nov. Cod. fac. & confirm.*

§. 9. Postea ejus jussu, ex Veterum JCtorum libris, *Pandectæ* sive *Digesta,* intra triennium ab anno 530. usque ad 533. juxta ordinem Edicti perpetui, sunt composita, *v. Const. Tanta §. 23. Deo autore §. 5.* Eodem anno 533. *Institutiones* sunt confectæ, ac uno mense ante Pandectas, nempe *20. Novemb.* promulgatæ, sed ita ut cum his eodem die vim legum acciperent, *Constit. Tanta §. 23. Proœm. I. §. fin.*

§. 10. Successit *Codex repetitæ Prælectionis*, abolito primo Codice, ex Veterum Imperatorum Constitutionibus, 50. novis Decisionibus, aliisque Justiniani Constitutionibus, post priorem Codicem editis, anno 534. compositus, *d. 15. Nov.* publicatus ac *28. Dec.* juris autoritate donatus. *Constit. cordi nobis de emend. Codic.* Secutas Constitutiones sub nomine *Constitutionum Novellarum*, si res exigat, colligi voluit Justinianus, *d. Constit. cordi nobis §. 4. in fin.* quod opus deinde à privato quodam compositum, *authenticarum Collationum* nomen quoque accepit, cujus compendium, circa annum 570. latine edidit Julianus, *vid.* GOTOFRED. *manual. c. 4. p. 68.* STRUV. *S. J. C. exercit. 1. §. 68. in fin.*

§. 11. Totum opus Justiniani, nomine *Corporis Juris* vulgo venit, *v. l. un. C. de R. U. A.* Ejusque libri, ex Compilatorum intentione, in *Elementares,* quo pertinent Institutiones, *Systematicos,* quales Pandectæ & Codex, & *Suppletorios* ac *Correctorios,* quales exhibent Novellæ, dispesci possunt, *v.* LAUTERB. *Comp. Jur. Præfat.* de quorum habitu adhuc nonnulla notari debent.

§. 12. Institutiones distingvuntur in *quatuor libros*, quorum singuli aliquot *Titulos*, & hi *Paragraphos* continent. Eos ita allegare moris est, ut, expresso §. numero, rubricam Tituli nominemus, *v. g. §. 4. I. de adoption.* De cætero Institutiones mensuram justi Compendii, ne quidem intuitu suæ Reipublicæ, implent, sive materiam, sive formam spectemus, sive eas seorsim consideremus, sive cum cæteris libris conferamus.

§. 13. Pandectæ constant *quinquaginta libris*, quorum singuli aliquot *Titulos*, ex discerptis veterum JCtorum scriptis consarcinatos (quas particulas, *leges* nominare solent, *add.* RÆVARD. *libr. conjectan:*)

Ẽan:) complectuntur. Allegatio ita fit, ut numerus legis & rubrica Tituli nominetur addita litera π. D. vel ff. *v. g. l. 1. ff. de just. & jur.* quodsi, sine addita nota, allegatio fiat, Pandectæ quoque intelliguntur. Earum tres sunt Editiones, *Vulgata, Haloandri* s. *Norica* & *Florentina* sive *Pisana.* v. GOTOFRED. *Manual. Jur. p. 2. c. 4. p. 65. add.* LAUTERB. *C. J. præfat.*

§. 14. Codex repetitæ Prælectionis *duodecim libris* absolvitur, singuli *Titulis* nonnullis, *rescripta constitutionesque* Principum continentibus, constant. Allegandi ratio eadem est, quæ in Pandectis *v. g. l. 1. C. de nupt.* ob multitudinem Titulorum tamen magis molesta. Possemus omni isto allegandi evolvendique tædio supersedere, nisi veterum Glossatorum superstitio aliter jussisset. De cætero neque Pandectæ neque Codex, systema legum, ex regulis artis contextum, exhibent, sed *Locorum communium* instar existimari debent, *add.* DONELL. *Comment. l. 1. c. 1.*

§. 15. Id adhuc notandum, quod nonnullis Codicis legibus, particulæ quædam subjectæ sint, quæ *Authenticæ* dicuntur. Earum nonnullæ Fridericum I. & II. autorem agnoscunt, *vid.* post *l. 5. C. ne fil. pro patr. l. 12. C. de SS. Eccles. l. 33. C. de Episcop. l. 4. 19. C. de hæretic. l. 19. C. de episcop. audient. l. 10. C. comm. de succession.* junct. *Constit. Friderici II.* §. 10. quæ post *lib. 5. Feudor.* adducitur, *l. 8. C. quæ res pign. v.* CONRAD. SINCER. *dissert. epistol. de autorit. Leg. German. p. 71. seqq.* CONRING. *de O. J. G. c. 25. in fin.* Pleræque vero ex Novellis depromtæ sunt, *vid.* OBSERV. LAUTERB. *Observ. 5.* Quodsi hæ posteriores cum fontibus non conveniant, tum nullius autoritatis esse censentur, *vid.* LAUTERB. *C. J. Præfat.* De cætero ita allegari solent, vid. *authent.* bona damnat. *C. de bon. proscriptor.*

§. 16. Circa Novellarum librum uti nulla est allegandi difficultas, cum numerum cuique præfixum sequamur, ita hæc notari solent: (1) Novellas, neglecto aliquando temporis ordine, esse collectas, *vid. Nov. 117. 140.* (2) Versionem Latinam hodie esse authenticam, quia scilicet authentia ex receptione æstimanda. (3) Numerum earum esse incertum, & glossatas tantum usu receptas, quod tamen non satis expeditum. (4) Capitum inscriptiones non esse authenticas, *vid. Nov. 82. c. 5.* (5) Quæ Novellis ulterius subjiciuntur, autoritatem legalem non habere, *vid.* LAUTERB. *C. J. præfat.*

§. 17. In

§. 17. In Corpore Juris non dari contradictiones seu antinomias, perinde absurde dicitur, ac, Papam esse infallibilem. Inprimis diversæ Ejus partes sive libri aliquando inter se diffident, ubi observatur regula: *posteriora derogant prioribus.* Cum vero, in æstimanda prioritate & posterioritate, vel ad *compositionem*, vel *promulgationem* respici queat, ideo regula data sic intelligenda videtur.

§. 18. Lex (1) *compositione & promulgatione posterior, dubio procul, juxta utrumque respectum, priori præfertur.* Hinc Novellæ cæteris omnibus partibus derogant. (2) *Si lex olim lata, renovetur ac promulgetur, tunc tam ratione compositionis, quam promulgationis posterior censeri, ac cæteris, quoad primam compositionem licet posterioribus, præferri debet*, nam ordo, ex nova Legislatoris voluntate, æstimandus est. Hinc Codex Pandectis derogare recte dicitur. (3) *Si leges una serie componantur, ea intentione, ut simul, in usum subditorum, adhibeantur, tum prioritas & posterioritas, non ex promulgatione, sed compositione judicari debet.* Hinc Institutiones præferuntur Pandectis, licet hæ quoad promulgationem sint posteriores, *add.* OBSERV. LAUTERB. *Observ. 6.*

§. 19. Superest ut, quid, post Justinianum, ejus Jurisprudentiæ acciderit, indicemus. In Oriente illius autoritas aliquamdiu stetit, donec per novam Græcorum Imperatorum, inprimis Basilii Macedonis & Leonis, Jurisprudentiam, fere fuit expuncta, *v.* GOTOFRED. *man. Jur. c. 5. p. 57.* Sed in Occidente statim, post Justiniani obitum, propter irruptionem Gentium extranearum, illa concidisse, ac fere per 600. annos in abdito latuisse, & tandem per Lotharium II. Saxonem, in scholas & forum reducta creditur. *vid.* GOTOFRED. *d. man. c. 9. p. 33.*

§. 20. Verum occidentalia illa, maximam partem, esse fabulosa, ostendit CONRING. *de O. J. G. c. 20. seqq.* existimans, Juris Justinianei, in Italia, semper aliquem, licet exiguum, fuisse usum, circa tempora vero Lotharii II. magis illum iterum effloruisse, Irnerio Juri illi incumbente, illudque in Schola Bononiensi, circa annum 1128. erecta, explicante.

§. 21. Deinde consideranda est Juris Romani Receptio, *v.* §. *1.* Circa eam hæc spectanda videntur: (1.) *quando*, (2.) *ob quam causam*, (3)

(3.) *quomodo* & (4.) *in quantum* illa facta sit. Primum quod attinet, receptum videtur Jus Civile in Germaniam circa confinia Seculi XIV. & XV. CONRING. *de O. J.G. c.32.* Qui Lothario restitutionem juris Romani adscribunt, illi altius ascendere, ac inde receptionis originem repetere solent, *vid.* SINCER. *differt. epistol. de usu Leg. German. p. 45. seqq.*

§. 22. Videtur autem receptio facta, ob singularem æquitatis & prudentiæ, qua aliarum Gentium legibus, Jus Romanum præstare censetur, opinionem. Non minus etiam receptionem promovit, quod Germani, studiorum causa, in Italiam concesserint, ac domum reversi, juris Romani, quod didicerant, arte, res suas subinde expedire sustinuerint. Denique quod Academiæ Germanicæ, ad Italicarum exemplum, sint institutæ, *vid.* SINCER. *d. l. p. 49.*

§. 23. Fuit receptio facta, non expresso aliquo Imperatoris & Procerum Germanicorum decreto, sed tacite, ipso usu, dum in Scholas & Forum, jus illud admissum est; A Maximiliano I. tamen expresse anno 1495. approbatum censetur, *vid.* LEHM. *Chr. Spir. l. 4. c. 21.* quod contra SINCERUM *d. epist. p. 87.* dissentientem defendit, DATT *de pac. publ. l. 4. c. 1. n. 111. seqq.* de quo aliqua retuli in OBSERVAT. LAUTERB. *Observ. 3.*

§. 24. In quantum vero jus Romanum receptum sit, ac autoritatem habeat, illud non adeo liquidum est. Poterit illud vel cum *Jure Canonico*, vel *Germanico* comparari, *vid cap. præc.* §. 28. Primo respectu, id vulgo docent, *inter Jus Canonicum & Romanum, in dubio, non esse statuendam differentiam,* i. e. *non tantum nullam, inter illa jura, in dubio asserendam esse contradictionem,* quo sensu doctrina illa admitti potest, *sed & quævis positiva juris Romani, valere quoque in jure Canonico, & vice versa,* sed, eo sensu doctrinam falsam esse, ostendi in OBSERV. LAUTERB. *Observ. 7.*

§. 25. Quodsi autem jura illa aperte inter se dissentiant, tum *jus Romanum regulariter præferendum* censent, sed *in causis Ecclesiasticis, conscientiarum atque processus jus Canonicum attendi debet.* *vid.* LAUTERB. *C. J. Præfat.* SCHRADER *de feud. p. 1. qu. 6.* quod tamen alii, ad *causas conscientiarum, sua natura, non per accidens, peccatum involventes,* restringendum putant, *vid.* ISING. *de promot.*

honor. c. 3. n. 53. Enimvero ſi hiſtoriam factæ receptionis intueamur, videtur potius Jus Canonicum juri Civili, in dubio ſemper præferendum eſſe, ceu in OBSERV. LAUTERB. *Obſerv. 8.* jam admonui, *add.* STRYK *in not. ad Brunnem. J. E. l. 1. c. 3.* §. 4. SCHILTER *ad ff. Exerc. 2. in fin. p. 48.*

§. 26. Si cum jure Germanico Romanum conferatur, illud primo præſupponendum videtur, quod ſit quæſtio de *jure Romano quà tali* ſeu *poſitivo* (nam dogmata juris naturalis, vel doctrinæ phyſicæ ſimilesque, quæ in eodem occurrunt, ex propriis ſuis valent aut non valent principiis) poſtea dicendum, quod jus illud receptum ſit in ſubſidium, adeo ut eatenus illo uti queamus, quatenus legibus Germanicis non repugnat, nec à ſtatu Reipublicæ abhorret, aut expreſſe vel tacite non eſt ſublatum aut non admiſſum, *conf.* SINCER. *d. epiſt. p. 52. ſeqq.*

§. 27. Interim doctrina illa, receptionis hiſtoriæ ſatis conveniens, non per omnia ſervari ſolet, nam ſæpe jus Romanum patrio præfertur, quod tetigi *c. 3. §. 57.* præterea non raro leges Romanæ, propria inſtituta v. g. Monarchiam, ſervitutem aut peculiarem proceſſum præſupponentes, invitæ Germaniæ applicantur. Denique illorum uſus aſſeritur, quæ tamen propria Germaniæ principia, vel ſatis conſtans Non uſus repudiant, exempla ſunt in contractibus innominatis, bonæ fidei & ſtricti juris, nec non in actionibus dupli, tripli, quadrupli &c. de quibus alibi.

CAPUT VI.
DE JURE FEUDALI LONGOBARDICO.

SUMMARIA.

Juris Feudalis Longobardici origo §. 1.
Compilatio §. 2. Incrementa §. 3.
Habitus §. 4. Valor §. 5.
Qualitas §. 6. 7.
Autoritas quoad Clericos §. 8.
In Germania valet ex recepto §. 9. 10.
Non ex inſertione Conſtitutionum Imperatoriarum vel præſcriptione §. 11.
Receptionis occaſio §. 12.
Capitula extraordinaria autoritatem non habent §. 13.
Ordinaria vero in ſubſidium ſunt recepta §. 14. 15.
Juris Feudalis autoritas, intuitu juris Romani & Canonici, ut & materiæ allodialis §. 16.
In cauſis feudalibus, etiam juri Romano & Canonico quandoque locus eſt §. 17.

Quo

§. 1.



TErtio inter leges extraneas etiam est *Jus Feudale Longobardicum*, cujus (1.) *indolem* (2.) *receptionem*, methodo hactenus adhibita, considerabimus. Primum quod attinet, originem habet hoc Jus, à Longobardis, Germaniæ populis, *vid.* RHET. *Comm. Jur. Feud. procem. p. 27. seqq.* Hi enim anno 568. in Italiam concesserunt, ac, condito ibi regno satis celebri, feuda quoque introduxerunt.

§. 2. Horum jura & consvetudines Seculo XII. circa tempora fere Friderici I. sunt collectæ, STRYK *E. J. F. c. 1. qu. 9.* licet quodammodo dissentiat RHET. *d. procem. p. 3. n. 8. seqq.* ob *II. F. 3. §. 1.* ab autore incerto, quamvis alii Gerhardum Nigrum & Obertum de Orto, collectionis Autores faciant, STRYK *d. qu. 9.* sed uti, horum responsa, collectorem operi quandoque inseruisse, negari nequit, ita ipsos collectioni manum admovisse probabile non est ob *II. f. 25. 28. 32. 36. II. f. 34. §. 1. 2. II. f. 51. §. 3. II. f. 36. vid.* HUNN. *disp. feud. 2.* STRUV. *S. J. F. c. 1. §. 5. n. 2.* RHET. *d. procem. p. 7. n. 30. seqq. ad rubric. tit. 1. n. 5. pag. 37.*

§. 3. Accesserunt quoque istis Longobardorum legibus, quædam Cæsarum Germanicorum & Pontificum Romanorum constitutiones, *vid.* STRUV. *S. J. F. c. 1. aph. 5. n. 3. 4.* illas Hugolinus adjecisse dicitur, qui etiam totum opus Juri Romano adjunxit, *vid.* STRYK *E. J. F. c. 1. qu. 9.* RHET. *d. procem. p. 1. seqq.* STRUV. *d. c. 1. §. 7. n. 4.* Hodie quinque feudorum libri conspiciuntur, quorum duo priores tantum sunt authentici, ex quibus ita allegari solet, v. g. *II. f. 50. add.* STRYK *d. c. 1. qu. 36.* STRUV. *S. J. F. c. 1. §. 5. n. 2.*

§. 4. De cætero Compilator exiguam artem adhibuit, nam non tantum ordo nullus, sed mera rhapsodia est, adeo ut frustraneum sit, circa connexionem titulorum laborare, licet Tabor, laqueum ex arena se esse confecturum, promiserit, *vid.* STRYK *d. c. 1. qu. 35.* CARPZ.

disp. feud. 1. §. 7. RHET. *ad rubr. Tit. 1. p. 38. n. 8.* sed & sæpe contrariæ sententiæ, vel in diversis capitulis, vel eodem in loco sunt relatæ, *v. II. f. 27. vers. nam & illud II. f. 28. §. his consequenter II. f. 34. §. 2. II. f. 36.*

§. 5. Ultra ergo sententia præferenda sit, quæri solet? Si in eodem capitulo, contraria responsa occurrant, prius regulariter præferri putant, alii tamen prærogativam ei tribuunt, quod aliis textibus vel rationi juris Feudalis est convenientius. Si in diversis capitulis reperiantur, tum, desperatâ conciliatione, tempore posterius, vel analogiæ juris Feudalis magis consentaneum præfertur, STRYK *d. c. 1. qu. 32. 33.* CARPZ. *disp. feud. 1. §. 22.*

§. 6. Alias operose satis disquiritur: *an jus Longobardicum sit scriptum vel non scriptum?* Quidam illud, CARPZ. *disp. feud. 1. §. 3.* HUNN. *disp. feud. 2.* RHET. *Comm. jur. feud. procem. p. 30. n. 10. seqq.* alii hoc asserunt, FINCKELTH. *disp. feud. 1. §. 6.* STRYK. *E. J. F. c. 1. qu. 10. 11. 12.* Poterant illa disquisitione plane supersedere, cum ad leges proprias tantum pertineat, ad extraneas vero non quadret, sed hæ, legibus expressis, sine controversia, annumerandæ sint, de quo dixi *c. 3. §. 22. seqq.*

§. 7. Illa dubio procul otiosa quæstio est: *an jus Feudale sit juris civilis vel prætorii?* vid. SCHRAD. *de feud. p. 1. qu. 7.* quam ex artis Legisticæ, omnium populorum leges, ad Romanæ Jurisprudentiæ distinctiones, exigentis, principiis profluere, manifestum est. Neque vero ejus usus, circa *durationem actionum*, vel *delatæ hæreditatis, aditionem*, valde conspicitur, cum illa jure Feudali satis sint definita, aut, deficiente decisione, nemo tamen ad sanctiones juris Prætorii sit recursurus.

§. 8. Non minus etiam inanis quæstio videtur: *an Clerici jure Feudali obligentur?* quam quæstionarii passim proponunt, *v.* SCHRAD. *de feud. p. 1. qu. 2.* HUNN. *de feud. c. 3. qu. 2.* FINCKELTH. *controv. feud. disp. 1. qu. 11.* nam nisi ad certum Reipublicæ statum illa referatur, sed ut fieri solet, indefinite moveatur, accurate decidi nequit. An igitur jus Longobardicum vel propria virtute, vel in Republica extranea, Clericos obliget, nostra nihil refert, in Germania vero omnis ejus autoritas ex receptione dependet, ubi, quoad Territoria Prote-

stanti-

ſtantium, res dubio caret, quod leges probatæ non minus Clericos quam Laicos obligent.

§. 9. Licet vero Longobardi, populi Germanici fuerint, attamen extra Germaniam vixerunt, hinc eorum leges Germaniam non obligant propria virtute, ſed ob *receptionem*, de qua adeo deinceps videndum. Circa eam primo præſupponi debet, quod etiam Conſtitutionum imperatoriarum valor, ex receptione repetendus ſit, licet alii diſſentiant, abuſi eam in rem, legibus Romanis, ut *l. 1. de conſt. Princ. §. 6. I. de J. N. G. C. vid.* SCHULTZ *Synopſ. Jur. feud c. 1. §. 11.* nam conſtitutiones illæ non *Germanis*, ſed *Italis* datæ ſunt, *add.* SINCER. *diſſert. epiſtol. de uſu leg. German. p. 74.*

§. 10. Facta autem cenſetur eſſe receptio *Seculo XV.* STRUV. *c. 1. §. 7. n. 3. 4.* RHET. *Comm. Jur. feud. procem. p. 10. n. 42. p. 18. n. 71.* non quidem *expreſſo aliquo Cæſaris Procerumque Germanicorum decreto*, ſed *tacite*, dum jus Feudale in ſcholis doceri, ac inde in fora transferri cœpit. Poſtea vero in Receſſibus Imperii ejus facta mentio eſt, quo ipſo illud amplius confirmatum cenſeri debet. In Territoria autem ſingulorum Statuum ſenſim quoque ejus uſus extenſus eſt, *vid.* RHET. *d. l. p. 12. n. 47.* STRYK. *E. J. F. c. 1. qu. 16. 17.*

§. 11. Ex eo valor illius juris non recte repetitur, *quod Imperatores quidam, conſtitutiones ſuas ei inſeri* curaverint, *vid.* SCHULTZ *Synopſ. J. f. c. 1. n. 12.* nam nec ſatis conſtat, an eorum voluntate, inſertio facta ſit, &, poſito hoc, illud omne tamen ad ſolam pertinuit Italiam. Non minus incongrue à *præſcriptione* ejus autoritas deducitur, SCHULTZ *d. l.* nam præſcriptio ad jura, non leges, pertinet, eademque invitis, ex legis civilis decreto, aufert, hinc inter liberas Gentes, quoad leges, omnium uſibus promiſcue expoſitas, fruſtra aſſeritur, *add.* STRUV. *d. c. 1. §. 7. n. 7.*

§. 12. *Occaſionem* receptioni præbuit juris hujus, cum jure Romano cohærentia, quam §. 3. jam indicavimus, circa quod obiter notandum, quod, collato Rhetio & Struvio ibidem citatis, diſſenſus aliquis quoad tempus factæ adjunctionis occurrat, cum ille ad tempora Friderici II. hic vero ad annum 1168. eam referat. Præterea receptionem promoverunt Doctores ex Italia adſciti, STRUV. *c. 1. §. 7. n. 4.*

§. 13. Non tamen *totum Jus Longobardicum* receptum eſt, nam

Capitula extraordinaria, quæ *II.f.tit. 73.* incipiunt, autoritate carent, neque enim Accurſius illa in Corpore gloſſato retulit, & vetus interpres, Mericutius, quem vocant, Conſtitutiones illas, *Extravagantes* dixit, hinc probabiliter non ſunt receptæ, *vid.* STRUV. *c. 1. §. 7. n. 10.* STRYK *E. J. F. c. 1. qu. 22.* Quare neque ad deciſionem neque declarationem recte adhibentur, niſi forte ſaltem quæſtio hiſtorica ſimilisve occurrat, licet diſſentiat H. PISTOR. *l. 2. qu. 13. n. 58. 59. qu. 15. n. 45.* FINCKELTH. *contr. feud. diſp. 1. §. 16.*

§. 14. Circa *capitula ordinaria* repetendum, quod *cap. præc. §. 26.* admonuimus, deinde vero eorum uſus ſubſidiarius aſſeri debet, ea ratione, ut legibus illis uti queamus, quatenus legibus Germanicis non repugnant, à ſtatu Germaniæ non abhorrent, aut expreſſe vel tacite non ſunt ſublatæ vel non admiſſæ, id quod ex conſtanti Nonuſu etiam colligendum.

§. 15. Quando igitur jus Longobardicum, *commune* dicitur, *vid.* STRYK *E. J. F. c. 1. qu. 19.* id eo ſenſu exaudiendum, quod ſit *commune ſubſidium*, non autem, quod ſit jurisprudentiæ Germanicæ feudalis *fundamentum*, ad quod primario reſpici debeat, *vid.* RHET. *comm. Jur. feud. proœm. p. 18. n. 72.* Interim cum interpretes antiquiores alias ſecuti ſint hypotheſes, & hodie quoque in Academiis, major juris Longobardici, quam Germanici habeatur ratio, hinc ſæpe illud majori, quam par erat, pollet autoritate, & obtinent hic quoque ea, quæ *c. 3. §. 57. cap. præc. §. 27.* diximus. Inprimis leges obſoletæ, invitæ Germaniæ nonnunquam applicantur, quod exemplo judicii feudalis oſtendi in JUR. FEUD. GERM. *c. 28. §. 8. ſeqq.*

§. 16. In materia feudali, jus Longobardicum, Romano & Canonico præfertur, in allodiali vero, illo uti poſſumus, ſi hæc aliaque jura allodialia deficiant, *vid.* STRYK *E. J. F. c. 1. qu. 29.* CARPZ. *p. 2. C. 32. D. 2.* HUNN. *de feud. c. 3. qu. 3.* FINCKELTH. *C. F. diſp. 1. qu. 9.* nam in omnem uſum jus Longobardicum recepimus, licet diſſentiat STRUV. *S. J. F. c. 1. §. 14. n. 3.* Quia porro receptio eſt notoria, hinc jus illud allegans, ejus valorem probare non debet, STRUV. *d. c. 1. §. 7. n. 7.* STRYK *d. c. 1. qu. 21.* Neque tamen ideo quævis illius ſanctio valet, ſed pro valore ſaltem eſt præſumtio.

§. 17. Deficiente jure Longobardico, in cauſis quoque feudalibus,

bus, jure Canonico & Romano uti possumus, nam etiam hæc jura, in omnem usum, recepimus. Ad *II.f.1.* frustra, huic rei probandæ, vulgo provocant, *v.* SCHULTZ. *S.J.F.c.1. n.19.* textus enim ille loquitur de usu Italiæ. Interim magnus hic etiam intercedere solet abusus, dum quævis decreta naturalia, vel indubitata rationis dictamina, ex jure Romano & Canonico probantur. Circa tutelam tamen feudalem, usus juris Romani præcipue conspicitur. Quodsi Jus Canonicum & Civile inter se dissentiant, tum unumquodque, in sua materia, præfertur. FINCKELTH. *d.disp.1.qu.10.* STRUV. *d. c.1.§.14.* STRYK *d.c.1.qu.28. add. cap. præc. §.25.*

§. 18. Cum ergo variæ leges, generales & speciales, domesticæ & extraneæ, in Germania occurrant, in causis feudalibus decidendis, hic ordo observandus: (1.) respiciendum est ad peculiaria pacta & literas investituræ, (2.) his deficientibus, ad jura peculiaria cujusvis loci, his cessantibus (3.) ad jus Feudale Saxonicum & Suevicum, si ex his decisio haberi nequeat (4.) ad jus Longobardicum, (hoc tamen ab interpretibus sæpe illis præferri jam dixi §. 15.) deficiente etiam Longobardico (5.) ad jus Civile & Canonicum, nec non alia jura allodialia, in Germania usitata, *vid.* STRUV. *S.J.F.c.1. §. 11. seqq.*

§. 19. Cæterum quæ hactenus de usu Juris Longobardici diximus, illa pertinent ad feuda *mediata* & *privata*. An vero, in disciplina Juris publici Germanici, illius aliorumque jurium extraneorum aliquis sit usus, id alibi expediri debet, *vid.* SPEC. JUR. PUBL. *l. 2. c. fin.* Illud quoque certum est, quod, sicut Status imperii leges Germanicas privatas, etiam in Comitiis latas, tollere possunt, ceu dictum *c.3.§.64.* ita quoque Jus Longobardicum abrogare queant, *v.* RHET. *Comm. J.F. proœm p.13. n.53.*

§. 20. Cum Jus Longobardicum sine arte compilatum sit, defectui huc mederi voluit vetus Interpres, *Antonius Mincuccius de Prato veteri*, dum in aliam formam jus illud redegit: Quod opus Imperatori Sigismundo anno 1428. circiter oblatum, sed ab Eodem confirmatum non est, *vid.* BITSCH. *comment. feudal. proœm. p. 6. seqq.* RHET. *C.F. proœm. p.4. n.13. seqq.*

§. 21. Opus istud valde hactenus desideratum fuit, ac ejus edendi quidem spem fecit *Mauritius*, cum exemplar aliquod, quod unicum

credi-

credidit, possideret, sed editio haud est secuta. Verum *Schilterus* Codici suo feudali, anno 1697. publicato, libellum illum, ex autographo Bibliothecæ Parisiensis descriptum, inseruit, qui etiam, exemplaris sui fide, asserit, Autorem illum, non *Mericutium* vel *Meriputium*, ut vulgo volunt, sed *Mincuccium* dici. Eodem fere tempore, simile opus composuit *Bartholomæus Baraterius*, quod jam anno 1612. Parisiis publicatum, à *Schiltero* vero, laudato quoque Codici insertum est.

§. 22. De cætero libellorum illorum vel nullus vel exiguus est usus, nam sicut ex solis cæmentis domus exstrui nequit, ita etiam ex fragmentis juris Longobardici, concinnum aliquod opus adornari non potest, maxime si Legulejus aliquis, falsis imbutus præjudiciis, ei manum admoveat, quare satius est, omnia illa fragmenta conservare, quam, nonnullis abjectis, aliam, ac priore non meliorem, saltem moliri formam, hinc Mincuccii vel Baraterii tractatus, usitatum juris Longobardici Codicem, non temere expungent, licet nonnulli ita existimaverint.

§. 23. Ex hactenus dictis igitur constat, quod Jura extranea, Canonicum, Romanum & Longobardicum, in subsidium sint recepta. Ex quo præsupposito varia dogmata, quibus vulgo, velut certis & immotis principiis, nituntur, illustrari facile vel etiam refelli possunt, de quo in genere adhuc quædam dicere libet. Et (1.) quidem contendunt: *In omnibus locis jus Romanum, tanquam commune, & velut regulam servari oportere, donec de jure speciali & exceptione doceatur, vid.* GOTHM. *Vol. 3. R. 35. n. 59. R. 36. n. 7. seqq.* PISTOR. *l. 1. qu. 16. n. 11. l. 2. qu. 2. n. 51. seqq. qu. 13. n. 82. qu. 19. n. 75. seqq. qu. 25. n. 35. qu. 26. n. 17. aliosque passim.* Sed illud falsum esse, ex historia receptionis apparet, ac recte jam à SINCERO *dissert. epistol. de us. leg. German. p. 34. 62.* admonitum est.

§. 24. Non minus etiam (2.) inculcant: *Ex jure Romano supplenda, declaranda & restringenda esse jura statutaria, vid.* LAUTERB. *C. J. præfat.* Enimvero ut *suppleantur*, admitti potest, cum hoc indoli juris subsidiarii conveniat, etsi nonnunquam, in hujus etiam generis exemplis, fallacia aliqua subsit: Sic cautum est in *O. P. S. tit. 47.* ut executio & immissio realis, tribuat jus in re, hoc CARPZOV. *p. 1. Dec. 63. n. 16.* supplendum censet ex *l. 12. §. 2. l. 13. de reb. autor. jud. possid.* ut Creditor etiam jus reale consequatur, si judex, vi debitoris, immissio-

immiſſionem realem facere impediatur. Sed non opus eſt ad jus Civile recurrere, cum caſus hic legis provincialis ſententiâ utique contineatur.

§. 25. Ut vero jura ſtatutaria ex jure Romano *declarentur*, id utique falſum eſt, leges Germanicæ ex rationibus domeſticis explicari debent, alias explicatio inepta exoritur, quod exemplo Gloſſatoris Juris Saxonici ſatis intelligitur, *add.* SINCER. *d. epiſt. p. 62.* Sic nulla etiam raro apparet, quare, in gratiam velut juris ſubſidiarii, jura domeſtica *reſtringi* debeant, ut facile liqueat, aſſertum hoc ex falſa de jure Romano hypotheſi, profluere. *add.* OBSERV. LAUTERB. *Obſerv. 4.*

§. 26. In exemplis, quæ doctrinæ illuſtrandæ vulgo afferuntur, fallacia cauſæ ſubeſt. Dicunt: ſi ſtatutum jubeat, *ut victus in expenſas condemnetur*, hoc ex jure Civili reſtringendum eſſe, *niſi juſtam litigandi cauſam habuerit*, nam hic & regula & reſtrictio ex jure naturali eſt. Porro *jure Saxonico poſt præſtitam gvarandam, libellum mutare non licet.* Sed num licebit, *ſi ſine petita aut præſtita gvaranda, lis ſimpliciter conteſtetur?* minime, quia jus Saxonicum reſtringi debet, ne à jure Civili abeat, CARPZ. *p. 1. C. 11. D. 2.* verum illa deciſio fluit ex ſententia juris Saxonici, aut, ſi omnino juri Civili aliquid hic tribuendum, tum non reſtringit, ſed ſupplet.

§. 27. Ita textus in *art. 17. l. 1. Landr.* qui matrem à ſucceſſione liberorum excludere videtur, reſtringitur, non ob jus Civile, ſed quia domeſticæ rationes huic interpretationi favent, *vid.* CARPZ. *p. 3. c. 17. D. 1.* Si ſtatutum conjugi ſimpliciter concedat ſucceſſionem, *neceſſitas conferendi bona propria*, non erit aſſerenda, non quod jus Civile hanc reſtrictionem poſtulet, ſed quia verba & ſententia ſtatui deficium, *vid.* CARPZ. *p. 3. C. 20. D. 10.* Interim falſum illud dicterium: *quod jura Germanica ſtricte ſint accipienda*, aliquando aperte negligitur, *v.* CARPZ. *p. 1. C. 7. D. 9.* aliquando immerito obſervatur, *v. p. 2. C. 53.*

§. 28. Porro (3.) *in dubio jura extranea obſervanda eſſe volunt*, quod eſt conſectarium dogmatis primi, §. 23. relati, *vid.* LAUTERB. *C. J. de A. R. D.* verbis *tempore theſaurum*, STRYK *E. J. F. c. 1. qu. 18.* ARUMÆ. *ad A. B. diſcurſ. 3. §. 28.* ſed & illud parum recte ſe habere, ex antea dictis conſequitur, *conf.* SPECIM. JUR. PUBL. *l. 3. c. 7. §. 29. ſeqq.*

§. 29. Quodsi jura extranea & Germanica dissentiant, tum (4.) *illa, per hæc correcta esse dicunt, vid.* RAUCHB. *p. 2. qu. 28. n. 8.* HEIG. *p. 1. qu. 16. n. 43.* PHILIPP. *Us. Pr. J. l. 2. Eclog. 31.* ARUM. *ad A. B. Disc. 4. §. 16. in fin. Discurs. 6. §. 33.* sed, id plerumque falsum esse & historiæ repugnare, manifestum est, jus Germanicum, extraneo regulariter in Germania antiquius est, adeoque hoc non abrogavit vel correxit, sed non admisit, & quamvis utraque sententia in eo conveniat, quod jus extraneum, istis casibus, non valeat, ineptus tamen error, qui communem sententiam comitatur, merito notandus est.

§. 30. Non minus incongruum est (5.) quando *Leges Longobardicæ, de institutis Germanicis, exaudiuntur*, ac v. g. *quæritur, quare Compilator l. f. 1. Capitaneis non annumeraverit Electores? v.* RHET. *Comm. Jur. l. 1. tit. 1. p. 66. n. 12.* quid enim Legibus, Italiam respicientibus, negotii est cum Electoribus Germaniæ? & licet illa, huic aliquando fuerit conjuncta, separatæ tamen manserunt Respublicæ & propria cujusvis instituta.

§. 31. In jure Longobardico (5.) *regulariter à simili non licere argumentum ducece, nisi ratio legis sit expressa*, nec etiam (6.) *à contrario sensu, contra jus Civile argumentari nos posse*, communiter quoque docent, *vid.* SCHRAD. *de feud. p. 1. qu. 3. 4.* FINCKELTH. *C. F. disp. 1. qu. 12.* sed, & istam sententiam non aliunde, quam ex falsa, de habitu juris Romani, persvasione, habere originem, ac, in interpretando jure Longobardico, consveta interpretandi principia esse observanda, certum utique est.

§. 32. Ex ista legum varietate & multitudine, Jurisprudentiam Germanicam, gravem contraxisse morbum, palam est, *add.* LEHM. *Chr. Spir. l. 2. c. 37. l. 5. c. 46.* Uti autem, ei emendando, antiquæ leges Germanicæ, in usum fortassis intempestive revocantur, de *quo c. 3. §. 60.* dixi, ita leges extraneæ, tam abrupte rejici non posse videntur, certe privato id non licet. Quare nihil aliud superesse videtur, quam ut leges connatas fundamenti loco supponamus, ac legibus tam patriis, quam extraneis, sobrie utamur, easdemque justo ordine, statui Reipublicæ attemperemus, id quod ex parte tetigi in JUR. FEUD. GERM. *c. 3. §. 38. seqq.* plenius autem nonnihil supra *c. 1. §. 31. seqq. §. 61. seqq.* repræsentavi, *add.* SINCER. *d. epist. p. 109.*

CAPUT VII.
DE JURE NON SCRIPTO SIVE CONSVETUDINE.

SUMMARIA.

Juris non ſcripti ſeu conſvetudinis indoles, ex principiis communibus, dependet §. 1.
Conſvetudo varie accipitur §. 2. 3. 4.
Inprimis pro lege non ſcripta §. 5.
Hujus varietas §. 6.
Et introductio §. 7.
Hæc requirit actus ſubditorum rationabiles §. 8.
Aliquoties exercitos §. 9. 10.
Uniformes ac per aliquod tempus ſuſceptos §. 11. 12. 13.
Et inprimis conſvetudinis introductivos §. 14.
Non præciſe judiciales §. 15.
Confirmatio Imperantis conſvetudinem facit §. 16.
Hæc ex ſola ſcientia, non recte colligitur §. 17. 18.
Sed actum poſitivum præſupponit §. 19.
Ex quavis ſententia judiciali confirmatio male elicitur §. 20.
Hæc plerumque expreſſa eſt §. 21.
Ad conſvetudinem privativam ſola Imperantis ſcientia ſufficit §. 22.
Conſvetudo introducta legem imitatur §. 23.
Quid circa eam probandum §. 24.
Raro conſvetudo revera exiſtit §. 25.
Comparatio juris ſcripti & conſvetudinis, quoad prærogativam, eſt ambigua §. 26.
Hinc per varias diſtinctiones, ea ſpecialius explicatur §. 27. 28. 29. 30. 31. 32. 33. 34.

§. 1.



Uris non ſcripti ſeu Conſvetudinis indoles, nunc etiam generaliter explicanda eſt, *v. c.* 3. §. 22. Tota autem hæc tractatio, ex *imperio* & *ſubjectione*, deſcendit, hinc quæ de conſvetudinis natura, varietate, introductione, effectu ſimilibusque dici poſſunt, ea omnia ex generalibus principiis reſultant, nec, hoc nomine, una Reſpublica, alteri aliquid debet, quæ igitur ex jure Romano vel Canonico allegantur, non præciſe ad deciſionem, ſed confirmationem & illuſtrationem ſaltem pertinent.

§. 2. Notum eſt conſvetudinis nomen, ſed valde ambiguum, quæ ambiguitas niſi evolvatur, nihil ſolidi hic proponi poteſt. Sumitur ergo conſvetudo (1.) pro *pacto tacito*, quorſum etiam pertinet obſervantia imperialis, *des Reichs Herkommen*, de qua dixi in SPECIM. JUR. PUBL. *l. 2. c. pen.* (2.) pro *præſcriptione*, quæ inſtar conventionis eſt, ac inter duas partes, autoritate legis poſitivæ, jus ſaltem facit. Utraque illa conſvetudinis acceptio, circa operas ruſticorum frequenter occurrit.

§. 3. Porro accipitur (3.) pro *legum latarum observantia*, juxta §. *fin. I. de Satisdat.* (4.) *earum neglectu*, quæ consvetudo inter homines frequentissima est, & sæpe etiam Judices, legem aliquam negligentes, errori observantiam prætexunt, (5.) *interpretatione*, de qua in *l. 37. de leg.* quæ, *consuetudo interpretativa*, seu *interpretatio usualis* dicitur. (6.) pro *nudo actuum exercitio, vi obligandi destituto*, quæ simplex vel nuda consvetudo dici potest, ac tam quoad homines singulos, quam integra Collegia, imo Respublicas occurrit. In specie eo referri potest *Stilus Curiæ* seu *Fori*, quatenus ille ab ipsis Judicantibus observatur, circa quem tamen plerumque magna superstitio occurrit.

§. 4. Ulterius (7.) pro *frequenti actuum legibus divinis contrariorum exercitio, c. fin. X. de consvet.* quæ consvetudo inter homines itidem valde frequens est, inprimis inter integros populos eadem occurrit, nam *Jus Gentium externum*, quod vocant, eo pertinet. (8.) pro *lege tacita, ipso facto ab iis, penes quos ejus rei arbitrium est, data*, eo referas Stilum Curiæ Summorum judiciorum, cui subditi in iis agentes se attemperare debent. (9.) pro *lege tacita, ex actibus subditorum confirmatis orta*.

§. 5. Hæc demum hujus loci, & nihil aliud est, quam *Decretum Imperantis, ex actibus subditorum confirmatis exortum, ac in vicem normæ subditis propositum.* Consvetudinem igitur non continent (1.) *actus subditorum*, nec (2.) *confirmatio Superioris*, sed (3.) *decretum ex illis ortum, ac futurum usum respiciens.* Interim non insolitum est, ut soli subditorum actus, consvetudinis nomine veniant, sed tum est consvetudo nuda, vi legis adhuc destituta.

§. 6. Poterit consvetudo distingvi (1.) à *forma* in *dispositivam*, quæ de novo aliquid constituit, *correctivam*, quæ leges latas corrigit vel tollit, ac contrarium sancit, & *privativam*, quæ legem, v. g. pœnalem, simpliciter abrogat. (2.) à *subjecto* in *universalem*, quæ omnes subditos, & *particularem*, quæ quosdam respicit, ac iterum gradibus suis discerni solet.

§. 7. Introducitur consvetudo (1.) *actibus subditorum*, nam, dum v. g. certo modo hi testantur, aut in aliquo municipio, juxta certum ordinem, cerevisiam coqvunt, vel ex feudis, certam aliquam dotem fœminis præstant, eo ipso ostendunt, quem in modum legem

gem ferri velint. (2.) *Imperantis confirmatione*, hæc enim ſi actibus illis accedat, tum exinde, in uſum futurum, lex tacita ſeu conſvetudo, neceſſitatem agendi in ſe continens, exoritur.

§ 8. Circa actus ſubditorum generaliter requiritur, *ut tales ſint, quibus Imperantis confirmatio accedere poſſit.* Ergo debent eſſe (1.) *rationabiles* i. e. tales, qui legibus divinis univerſalibus non repugnent, cum enim contra has, nihil conſtituere poſſit Imperans, ideo nec hoc velle cenſendus eſt. Ille vero actus, irrationabilis exiſtimari non debet, qui legibus humanis eſt contrarius, licet enim ſubditi his quoque obſequium præſtare debeant, adeoque actus illis repugnantes illiciti videantur, attamen horum moralitas, ex ſperata, ac ſuo tempore accedente Imperantis confirmatione, æſtimari debet, hac vero poſita, nullum iis ineſſe vitium, palam eſt.

§. 9. Deinde actus (2.) *aliquoties exerciti* requiruntur, & vulgo quidem *duos actus* ſufficere exiſtimant, id quod omnino etiam admittendum, nam ſi v. g. actus teſtandi, bis in ſupremo judicio confirmatus ſit, cur non exinde concluderem, tacite normam teſtandi, in uſum futurum, eſſe præſcriptam? imo ſi unico actui confirmatio Imperantis accedat, ille ſolus ſufficiet, interim fatendum eſt, quod id ad rarius contingentia pertineat.

§. 10. Alii ac in ſpecie D. SLÜTER *in libell. german.* de Conſvetud. *Hamb. 1694. edito tit. 4. §. 2. 3.* exiſtimant, *numerum actuum judicis arbitrio eſſe relinquendum*, quæ inanis doctrina eſt, nam judex inferior iſtam rem definire nequit, ſi autem ad Superiorem eadem deferatur, quid opus eſt de numero actuum pronunciare, cum ſatius magisque expeditum ſit, actus ſimpliciter confirmare. Non minus etiam falſum eſt, quando IDEM *d. l.* §. 4. exiſtimat, plures, quam duos, actus requiri, *ſi conſvetudo non* præter, *ſed* contra *jus ſcriptum ſit introducenda*, nam modo de confirmatione imperantis conſtet, in actuum numero nulla vis eſt poſita.

§. 11. Porro (3.) actus debent eſſe *uniformes*, nam alioquin de ſuperioris confirmatione vix conſtare poterit, quodſi tamen, ex pluribus actibus difformibus, uni, laudata confirmatio accedat, tum conſvetudinem, iſto etiam rerum ſtatu, conſtitui arbitror. (4.) *per aliquod tempus ſuſcepti*, nam actui, ſimul ac ſuſcipitur, Superioris approba-

tio non ſtatim accedit. De cætero tempus indefinitum eſt, & tantum requiritur, ut intra illud de confirmatione Imperantis appareat, hinc modo brevius ſufficiet, modo longius erit neceſſarium.

§. 12. Vulgo *determinationem temporis, arbitrio Judicis relinquunt*, quod etiam ſequitur SLÜTER *d. tr. tit. 8.* ſed hæc quoque doctrina inanis cenſeri debet, per ea quæ diximus *§. 10.* Aliud dicendum, ſi Imperans, ante conſvetudines introductas, tempus definiat, intra quod, ratæ illæ cenſeri debeant, nam tum iſta definitio, eſt velut ſubſidiaria, adeo ut, ſi antea de confirmatione Imperantis non conſtet, poſt tempus illud elapſum, illa præſumenda ſit.

§. 13. Atque in hunc ſenſum fortaſſis accipienda doctrina CARPZOVII, intra 30. annos, annum & diem, in Saxoniâ, conſvetudinem introduci, teſtantis *p. 2. C. 3. D. 21.* licet utique adhuc dubium ſit, annon illa, ad conſvetudinem, quatenus pro præſcriptione accipitur, pertineant. In genere certum eſt, quod temporis definitio aſſeri aut præſupponi nequeat, niſi de ea ex genuinis indiciis conſtet, nam tempora præſcriptionibus præſtituta, inepte ad Conſvetudinem, à nonnullis trahuntur.

§. 14. Inprimis (5.) actus debent eſſe *conſvetudinis introductivi*, quod requiſitum vulgo vel omittunt, vel non ſatis explicant; Videtur autem illa qualitas unice ex *contradictione* oriri, quo pertinet *l. 34. de Leg.* nam hæc diverſos indicat affectus diverſaque vota, alter enim contradicentium, actum aliquem, in vim normæ communis, evaleſcere non vult, alter vero ſe iſti voto opponit, quo ipſo adeo actus habilis redditur, ut exinde conſvetudo exiſtere queat, cum, deficiente contradictione, vel ex mera libertate, vel animo ſaltem paciſcendi ſuſceptus exiſtimari poſſit.

§. 15. Ex quibus etiam judicari poterit, *an ad introducendam conſvetudinem præciſe requirantur actus judiciales?* D. SLÜTER. *d. tr. tit. 5. 6.* diſſentientes conciliaturus, putat *requiri actus judiciales, ſi conſvetudo* contra jus ſcriptum, *non autem ſi* præter illud, *introducenda ſit*, ſed diſtinctio, ut alibi, ita hic quoque otioſe inculcatur, quare dicendum, actus judiciales præciſe quidem non requiri, ex iis tamen quam optime confirmationem Imperantis poſſe colligi juxta *l. 34. de L. L.*

§. 16. His

§. 16. His ita se habentibus, *accedens Imperantis confirmatio* consvetudinem producit, *v.* §. 7. De cætero uti in quavis Republica, illa locum habere potest, ita negandum non videtur, quin in civitatibus popularibus, iisque non adeo magnis, prius illa sequi, adeoque consvetudo oriri possit, quam in Rebuspublicis majoribus, ac præcipue Monarchicis, quo forte respicit *l. 32. de L. L.*

§. 17. Vulgo autem ex *sola scientia*, consensum Imperantis & hinc ortam confirmationem repetere videntur. Ita etiam D. Sliit. *d. tr. tit. 5. §. 5. seqq. notitiam populi* aut *collegii alicujus*, vel *majoris partis* requirit, *cum sine scientia, tacitus consensus sequi nequeat.* Enimvero uti hæc doctrina particularis est, ac ad civitates polyarchicas, similiaque collegia, tantum pertinet, ita in genere mihi non videtur verisimile, quod ex sola scientia, Imperantis confirmatio repeti queat.

§. 18. Nam si v. g. collegium aliquod, penes quod est facultas statuta condendi, certo die hactenus convenerit, & per longum tempus, ea consvetudine fuerit usum, omnibus ejus membris hoc scientibus, num ne ideo lex condita dici potest, ne Decanus alio tempore Collegium convocet? non videtur probabile, cum potius ex mera libertate, sine intentione condendi legem, illa facta sint. Imo, cum, ut diximus §. 14. consvetudo non oriatur, nisi prævia contradictione, ideo requiritur, ut Imperans alteri contradicentium parti assentiatur, qui actus positivus est.

§. 19. Videtur igitur, præter scientiam, *positivus aliquis actus, ex quo confirmatio eliciatur, necessarius esse.* De cætero poterit esse vel *extrajudicialis*, ut si in concilio democratico, vel collegio, dependente quidem, facultate tamen statuta condendi instructo, ortâ, circa actus aliquoties hactenus exercitos, contradictione, consvetudo firmetur, vel *judicialis*, si nimirum in supremo judicio, per sententiam, consvetudini robur accedat, quæ confirmandi ratio in Aristocratiis & Monarchiis, si non unice, certe potissimum obtinet.

§. 20. Ex his liquet, non omnibus sententiis vel rebus judicatis, istam inesse vim, ut consvetudinem producere possint, nam uti multæ solum pertinent ad *leges latas interpretandas*, quibus eo respectu aliqua autoritas tribuenda, juxta *l. 37. 38. de L. L.* modo principiis receptis illæ

illæ non repugnent, ita ad *legem ferendam*, folæ Superiorum judiciorum fententiæ funt idoneæ, hinc infignis abufus eft, fi quævis judiciorum inferiorum, aut etiam collegiorum juridicorum pronunciata, de quibus fæpe etiam non conftat, an vim rerum judicatarum fint confecuta, probandæ confvetudini allegentur.

§. 21. Id quoque ex dictis intelligitur, confirmationem Confvetudinis, fi non femper, certe plerumque effe *actum expreffum*. Neque vero ideo confvetudo, lex tacita effe definit, nam aliud eft: v. g. *teftamentum, coram tribus teftibus conditum, confirmare*, &: *normam teftandi in pofterum obfervandam præfcribere*, illud fit expreffe, hoc tacite, quodfi fententiæ diferte adjiciatur, quod deinceps velut norma communis obfervari debeat, tum non confvetudo, fed lex expreffa exoritur.

§. 22. Quodfi confvetudo fit tantum privativa, ac ad legem fimpliciter tollendam tendat, tum, ad ejus valorem, fufficere putarem, fi legem impune violari patiatur Imperans, nam hic res inter duos faltem agitur, Imperantem, qui legem tulit, & Subditos, qui ei obnituntur, hoc ergo fi Ille impune fieri permittat, eo ipfo fatis oftendit, ferium legis dandæ fibi non fuiffe propofitum. Hinc fi v. g. rigidior lex pœnalis contra duellorum licentiam data, ftatim negligatur ac per actus prohibitos violetur, iniquiffime utique, poft longius tempus, rigori legis olim latæ, quis fubjiceretur.

§. 23. Quoad *perfonas*, quibus, & *materiam*, de qua lex fertur, Confvetudo à lege Scripta non differt, quemadmodum etiam eundem, quem hæc, habet *effectum*, nam vel de novo aliquid conftituit confvetudo, vel legem latam corrigit, vel fimpliciter abrogat: Legem vero fequentem non vincit, fed hæc confvetudine potior eft eamque tollit, quo pertinet *l. 2. C. quæ fit long. confvet.* id quod omne ex confveta legum indole refultat.

§. 24. Confvetudo, fi notoria non fit, probari debet, eft enim facti: Putamus autem fufficere, fi quis, poft *factam contradictionem, Imperantis approbationem* oftendat, nam *rationabilitas*, juris eft, & tamdiu præfumitur, donec probetur contrarium, *actuum* autem *frequentia*, *uniformitas* & *temporis diuturnitas* præcife ad confvetudinem non requiruntur, ceu §. 9. *feqq.* oftenfum eft, hinc nec illa probari,

bari, opus eſt. De cætero probatio *teſtibus habilibus* & *documentis* fieri poteſt. Vulgo, ex aliis hypotheſibus, de probatione Conſvetudinis, aliter philoſophantur, quod etiam prolixe ſatis tradit SLÜTER *d. tr. c. 9. ſeqq.*

§ 25. Si *exiſtentiam* Conſvetudinis reſpiciamus, videtur eadem, inprimis in Rebuspublicis, quæ populares ac exiguæ non ſunt, rariſſima eſſe, cum Imperantis approbatio non facile oſtendi queat. Quod ſi etiam jactata Conſvetudinis exempla probe excutias, vel aliud quid, quam legem privatam, ex actibus ſubditorum ortam, ſub illo nomine deprehendes, vel legem aliquam fingi videbis. Qui leges, ex malitia vel imprudentia, negligit, neglectui conſvetudinem prætexit, ne male egiſſe, vel erraſſe videatur: ſi quis, ex nuda & ſimplici Conſvetudine, lucrum aliquot ſperet, is eam, pro affectu ſuo, in legem obligantem transformat, ac, ſi vires permittant, aliis obtrudit & imperioſe defendit, *add.* OBSERV. LAUTERB. *Obſerv. 15.*

§. 26. De eo aliàs diſputari ſolet: *utrum præſtet moribus, an legibus ſcriptis uti in Republica*, vel etiam: *an mores legibus ſcriptis prævaleant*? quo pertinet *Diſſert.* DN. THOMASII: Morum cum jure ſcripto contentio, *habit: Hal. 1701.* Sed plures quæſtiones ſub illo involucro latent, quæ nec omnes ad ſcopum quadrant, nec eodem modo decidi poſſe videntur, de quo, citra veritatis præjudicium, ſtrictim ſententiam meam exponam.

§. 27. Quæri ergo poteſt: (1) *utrum melius ſit, ſubditos bonis moribus vivere, quam legibus ſcriptis regi?* ubi omnino prius dicendum, nam illud præſupponit vitiorum ignorantiam & defectum, hoc vero & eorum cognitionem & praxin. Sed inde nihil aliud ſequitur, quam Rempublicam ſanam, morbidâ, vitam innocentem, flagitiis & vanitatibus inquinatâ, præſtare, prærogativa autem juris non ſcripti, præſcripto, inde non ſequitur.

§. 28. Porro (2) *an boni mores, ſimplicitati præcipue juris naturalis attemperati, præſtent legibus ſcriptis, neglectis ſcilicet & non obſervatis?* tum etiam prius dicendum, ſed ex eo id ſaltem apparet, quod legum obſervantia, earum neglectu, virtutes vitiis ſint meliores. (3) *an leges naturales* (nam hæ etiam morum nomine venire ſolent) *potiores ſint legibus ſcriptis?* Inter has non eſt juſta oppoſitio,

L cum

cum in vita civili ſæpe eodem reſpectu illæ concurrant, adeoque à comparatione plane abſtinendum putem.

§. 29. Ulterius (4) *An, ubi ſubditi bonis moribus ſunt imbuti, opus ſit leges contra vitia ferre?* quod negandum. Legislator enim non tam prohibere, quam admonere videretur, *vid.* SLEIDAN. *de ſtat. relig. l. 26. p. 843 edit. Argentor.* Ex eo vero id ſequitur, quod quibusdam legibus ſcriptis non ſemper opus ſit, non vero, quod Non ſcriptis illæ ſint poſtponendæ.

§. 30. Amplius (5) *An in magna morum depravatione, leges ſcriptæ, præferendæ ſint juri non ſcripto?* quod omnino dicendum, ſunt enim illæ, magis evidentes, ac, ad convincendos improbos, aptiores; boni autem mores i. e. obſequium legibus præſtandum (ſi quis ad eos recurrere velit) hic fruſtra, velut medium depravationem tollendi, laudantur, exulant enim, &, cum ſua ſponte redire nequeant, de medio eos reducendi quæritur, quod adeo non ipſi boni mores, ſed leges ſcriptæ exhibent.

§. 31. Non minus (6) *An exempla Imperantium, in emendandis malis moribus, æque efficacia, vel etiam efficaciora ſint legibus ſcriptis?* Hoc ſub certis conditionibus affirmari poteſt, ſi ſcilicet morum depravatio ex aulis habeat originem, ut circa luxum, ludendique licentiam accidere ſolet: Si leges vel imprudenter ferantur, vel latis per indirectum aut aperto neglectu autoritas adimatur. Interim tota hæc disquiſitio, ad definiendam juris ſcripti & non ſcripti prærogativam, non pertinet.

§. 32. Adhuc (7) *An ſæpe leges ſcriptæ, malos mores tollere nequeant, ſed ab his potius vincantur?* quod dicendum, cum, ob varias cauſas id accidere, experientia teſtetur. (8) *An bonæ leges, perſecutos pravos mores, aliquando abrogentur vel ſaltem opprimantur?* quod itidem affirmandum. Interim nemo mores, de quibus hæc & præcedens quæſtio loquitur, probandos dixerit, multo minus illi pro jure non ſcripto haberi poſſunt. (9) *An leges per conſvetudinem licitam quandoque tollantur?* Hoc quoque aſſerendum, ſed nec inde aliqua juris non ſcripti, præ ſcripto, exiſtit prærogativa, cum conſvetudo legem tollat, non quia non ſcripta, ſed quia poſterior & genio populi magis conveniens eſt.

§. 33. De-

§. 33. Denique (10) *An leges nuncupatæ ſeu ore prolatæ, præſtent legibus in ſcripturam redactis?* In expediendis negotiis domeſticis, juſſa nuncupata ſcriptis regulariter præferri debent, aut potius his non opus eſt; aſt ad regendos ſubditos totius alicujus Reipublicæ, ac notitiam legum poſteris inſinuandam, ſcriptæ leges, nuncupatis ſunt aptiores. Nec oberit, *quod ſupplemento nonnunquam indigeant*, aut *cavillationibus ſubſint*, vel *circa eas, judex affectibus indulgere queat*, nam illa omnia in nuncupatas, & majori fortaſſis etiam cum effectu, retorqueri poſſunt.

§. 34. Tandem (11.) *An leges tacitæ, actibus ſubditorum introductæ ſive conſvetudines, præſtent legibus ſcriptis?* hæc unica quæſtio, ad jus ſcriptum & non ſcriptum, prout vulgo ſupponitur, quadrat, de cætero omnino negari, ac legibus ſcriptis prærogativa decerni debet, conſvetudines enim ſunt incertiſſimæ, ſive earum *veritatem*, ſive *ſenſum* conſideres, ceu hactenus oſtenſum. *add.* LEHM. *Chr. Spir. l. 5. c. 59.*

CAPUT VIII.
DE EO QUOD FIT IPSO JURE.

SUMMARIA.

§. 1.



Ntequam a tractatu legum abeamus, de tribus adhuc non incongrue disquiri posse videtur: (1.) de *eo quod sit ipso jure*, cujus frequens in Jure Romano fit mentio, (2.) *de fictionibus legum*, quæ itidem Juri Civili solennes sunt, & (3.) de *conflictu Statutorum, eorumque in Exteros valore.*

§. 2. De eo quod fit ipso jure, exstat *Tractatus* EBERTI *loco* Dissertationis inauguralis *Francof. 1685. exhibitus:* In quo uti tædiosæ collectionis laude Autor non est privandus, ita stilum & tractandi rationem aliis non facile adprobabit. *Ipsum jus* est aliquando nomen *mere Romanum*, aliquando *Juris Gentium*, aliquando *inane*, aliquando *solidum*, id quod, si non exacte & adæquate satis, ita tamen ostendam, ut de omissis non difficulter etiam fieri possit judicium.

§. 3. Primo igitur totum *jus Civile*, in ordine ad *Prætorium*, dici solet *ipsum Jus*, ut in *l. 9. §. 1. usufr. quemad. cav. l. 1. §. fin. de superf. l. 1. pr. quib. mod. usufr. amitt. l. 19. de testam. milit. l. 29. de usufr legat junct. l. 24. fam. ercisc. l. 4. quib. mod. ususfr. amitt. l. 1. pr. §. 1 fam. ercisc. pr. I. de bonor. possession. §. 3. I. de acquisit. per arrog. l. 8. pr. de reb. eor. qui sub tut. junct. l. 1. de eo qui pro tutor.* Eodem etiam pertinet *l. 1. pr. de curator. furiof.* licet vulgo ipsum jus, sententiæ judicis, ibi opponi existiment, *vid.* OBSERV. LAUTERB. *Observ. 842.* Ratio autem denominationis inde esse videtur, quod Jus Civile, *textûs*, Prætorium, *explicationis* vel *commentarii* instar fuerit.

§. 4. Uti autem illa denominatio, mere Romana, &, ne quidem apud Romanos, necessaria est, cum, notando juris Civilis & Prætorii discrimini, consveta nomina sufficiant, ita multo minus hodie, ubi Juris Prætorii vel nullus vel exiguus est usus, illa necessaria vel utilis existimari potest. Saltem igitur, intelligendis nonnullis Juris Romani textibus, eadem notari debet.

§. 5. Deinde *ipsum jus* notat *peculiarem legis dispositionem*, quæ *alii legis* (& apud Romanos quidem sæpe Prætoriæ) *dispositioni*, *eidemque innexo facto* vel *judicis*, vel *hominis privati*, opponitur, cui specialius intelligendo, actus *obligatorii* & *liberatorii* non incommode separantur.

§. 6. In-

§. 6. Inter actus ergo obligatorios occurrunt (1) *delicta*, circa hæc, pœna aliquando *ipso jure* imponi dicitur, cujus rei effectus est, ut statim, à tempore commissi delicti, pœna incipiat, opponiturque adeo ipsum Jus, illi dispositioni, quæ demum, post latam sententiam, pœnam irrogat. Manifestum autem est, quod hoc discrimen, in omnibus pœnis, locum habere nequeat, nam vita prius amitti nequit, quam feralis sententia executioni detur, sicut etiam corpus affligi non potest, priusquam dolor revera imponatur, ast existimatio & bona, statim, à tempore commissi delicti perire possunt.

§. 7. De cætero *ipsum jus* duplici modo pœnam irrogat, vel ut *nulla plane sententia interveniat*, si scilicet delicta sint evidentia; Ita nonnulli, ex decreto legis, sunt infames, *vid.* LAUTERB. *Comp. Jur. de his qui not. infam.* bona defraudantium vectigal, sine sententia, fisco cedunt, ID. *d. tr. de publican:* vel ut *sententia declaratoria sequatur*, hac ratione violatores pacis publicæ absentes puniuntur, *O. C. p. 2. tit. 9. v.* LAUTERB. *d. C. ad L. Jul. de vi publ.* quidam ex communicationis sententia, *ipso facto*, innodantur, *c. 12. de elect. in 6. conf. l. 1. C. pro quib. caus. serv. pro præm. libert. accip.*

§. 8. Ista puniendi ratio, quæ nomine ipsius juris venit, positiva quidem est, sed non ex rationibus mere Romanis dependet, hinc in aliis etiam civitatibus occurrere potest & solet, ac hodie quoque usum habet. Sæpe autem in casibus specialibus non satis liquet, utrum à tempore commissi delicti, an sententiæ latæ, pœna incipere debeat, *v.* EBERT. *d. tr. membr. 1. sect. 2. §. 9. seqq. membr. 2. sect. 2. §. 9. 13.* rationis est, ut in dubio posterius, velut mitius, asseramus, licet alibi in sententiam rigidiorem inclinaverim, *v.* JUS FEUD. GERM. *c. 26. §. 52. seqq.* quam tamen postea mutavi in *edit. secund. d. c. 26. §. 59.*

§. 9. Sub actibus obligatoriis, (2.) continentur *actus liciti*, qui scilicet vel revera tales sunt, vel saltem sub illa forma celebrantur. In iis autem spectari potest *Valor*, ubi dici solet, quod quidam actus *ipso jure* sint nulli, alii vero summo jure validi debeant *rescindi*. Sic contractus metu initi, rescindendi esse dicuntur; sed matrimonium *c. 14. 15. X. de sponsal.* CARPZ. *J. E. l. 3. D. 55.* manumissio, *l. 9. 17. qui & à quib. manumiss.* dotis promissio, *l. 21. §. 3. quod met. caus.*

metu facta, ipſo jure nulla cenſentur, *v.* LAUTERB. *C. J. quod met. cauſ. lit. R. n. 3.*

§. 10. Porro contractus bonæ fidei, quibus dolus cauſam dedit, ipſo jure ſunt nulli, ſed ſtricti juris, reſcindi debent, LAUTERB. *d. tr. de dol. ſign.* † Juramentum metu extortum, non ipſo jure nullum, ſed reſtitutione in integrum reſcindendum eſt, RAUCHB. *l. 2. qu. 4. n. 34.* CARPZ *p. 2. C. 35. D. 3.* interceſſio mulieris, in inſtrumento privato facta, ipſo jure nulla eſt, aſt in publico celebrata, exceptione deſtruitur, *l. 23. §. fin. C. ad. SC. Vellej.* LAUTERB. *C. J. ad SC. Vellej. lit. O. n. 4. add.* STRYK. *in not. ibid.* quamvis alii aliter *d. l. 23. §. fin.* accipiant, *v.* EBERT. *de eo quod ſit ipſ. jur. membr. 2. Sect. 1. §. 6. p. 270. ſeqq.*

§. 11. Emtio venditio, ob enormem læſionem, non eſt nulla, ſed reſcinditur, *v.* LAUTERB. *C. J. de reſcind. vendit. lit. C.* CARPZ. *p. 2. C. 34. D. 7.* teſtamentum non rite conditum, eſt ipſo jure nullum, aſt inofficioſum debet reſcindi, *l. 7. 30. de lib. & poſth. l. 24. 28. de inoff. teſtam. l. 1. de injuſt. rupt. Nov. 115. c. 3.* Minores aliquando ſunt, quoad actus ſibi noxios, ipſo jure tuti, aliquando reſtitutione juvantur, *l. 16. pr. §. 1. de minor. v.* LAUTERB. *C. J. de ſolut. lit. P.* CARPZ. *p. 2. C. 11. D. 45.* alienatio rei litigioſæ, jure Codicis ipſo jure nulla dicitur, *l. 2. 4. C. de litig.* quod de jure ff. ſecus fuerit, *l. 17. 18. de R. V. l. 1. §. 1. de litig. l. 1. §. fin. quæ res pign. oblig.* FRANSKI. *R. 11. n. 61.* LAUTERB. *C. J. de litig. lit. E.*

§. 12. Præſcriptionis quoque exemplum huc referri poteſt. Equidem quatenus præſcriptio vel ab initio *impeditur*, dum jus præſcribendum nondum eſt natum, vel requiſita neceſſaria deficiunt, aut *ſiſtitur*, dum tempus aliquod ei eximitur propter bellum, *c. 10. X. de præſcript. R. J. 1654. §. ſo viel nun die Capitalien. 172.* eatenus huc non pertinet. Sed aliquando, poſitis licet jure præſcribendo & neceſſariis requiſitis, v. g. per bellum ab initio, ipſo jure *impeditur, add. l. 5. C. in quib. cauſ. in integr. reſtit.* aliquando vero completa, in caſu v. g. abſentiæ, per reſtitutionem in integrum *reſcinditur*, ſi ſcilicet intra quadriennium, à tempore ſublati impedimenti & acquiſitæ ſcientiæ, hoc petatur, *l. fin. C. de tempor. in integr. reſtit. vid.* LAUTERB. *C. J. ex quib. cauſ. maj.* CARPZ. *p. 2. Dec. 116.* Denique ſententia judicis aliquando eſt ipſo jure nulla, *l. 1. §. 2. de ſent. quæ ſin. appell. reſcind. l. 2. 7.*

C.

C. quand. provoc. non est nec. aliquando appellatione rescindenda *l. 11. de J.& J. l. 65. §. 2. ad SCt. Trebell. l. 27. de re jud. vid.* LAUT. *C. J. de extraord. cogn.* & si quæ alia hujus generis sunt exempla.

§. 13. Cæterum sicut forte, in uno & altero exemplo, jactatum discrimen *ipsius juris*, & *aliûs remedii*, est dubium, aut aliquis discriminis *effectus* non comparet, quorsum forsitan pertinet exemplum rei litigiosæ alienatæ, ita in nonnullis exemplis, juxta usum Germaniæ, discrimen evanescere videtur. Sic hodie nihil interesse arbitror, utrum actum dolo aut metu initum, ipso jure nullum, an rescindendum dicas, *vid.* OBSERV. LAUT. *Observ. 115. n. 2. Observ. 117. 767.* Porro nullum effectum adesse puto, sive intercessionem mulieris, ipso jure nullam, sive rescindendam esse contendas, licet, quosdam aliquem asserere solere, non nesciam. In cæteris vero exemplis discrimen hodie quoque occurrit, *vid.* OBSERV. LAUT. *Observ. 123. 126. 127. 164. n. 6. Observ. 540. 1420. 1421.*

§. 14. Non immerito autem forsitan asseritur, discrimen ipsius juris & remedii aliûs rescindentis, ex corruptione fori Romani, habere originem, ac morbum Jurisprudentiæ arguere: Licet enim actus, non eodem semper effectu, impugnari queant, quemadmodum etiam uniformi probatione non semper defungi possumus, attamen ideo opus non erat, diversa comminisci remedia, eademque *duratione* & *transmissione* distinguere.

§. 15. Satius omnino erat, eam inire rationem, ut actus invalidi uniformi remedio, diverso tamen, pro diversa agentium intentione, effectu, impugnarentur, ac probatio, cuivis casui conveniens, adderetur, aut, si omnino remedia nominibus discernenda videbantur, discrimen tamen, quoad transmissionem aut durationem, inter illa, asserendum non erat, hoc sane non alio pertinet, quam ut jura in se alias plana, reddantur obscura, incerta ac, ad pariendas lites, magis apta, maxime cum sæpe incertum sit, an aliquis actus, ipso jure nullus sit, de quo sane circa processum non raro disputari solet, *add.* OBSERV. LAUT. *Observ. 105. n. 5. Observ. 1421.*

§. 16. Deinde etiam circa actus licitos spectari potest *necessitas* & *effectus*. Nimirum sæpe vel lege positiva, vel mero etiam jure naturali, actus aliquis, ad certi alicujus juris consecutionem, est *necessarius*,

ſarius, aliquando tamen contingit, ut idem jus, ſine actu illo, acquiratur, tum *ipſo jure* jus illud acquiri dicitur, quod variis exemplis illuſtrari poteſt.

§. 17. In *l. 22. §. 11. C. de jur. delib.* ſpatium aliquod, pro deliberatione, ipſo jure conceſſum dicitur, cum alias illud, ad implorationem partis, à Magiſtratu concedi ſoleat. Ut jus commune, pluribus proprium fiat, opus regulariter eſt diviſione, ſed nomina inter cohæredes ipſo jure ſunt diviſa, *l. 6. C. fam. erciſc. l. 4. pr. l. 25. §. 1. ff. eod.* Vice verſa ut res propria fiat communis, traditio intervenire debet, ſed aliquando communio ipſo jure introducitur, *l. 1. §. 1. l. 74. pro ſoc.* Libertas ſervis quandoque ipſo jure obvenit, *l. fin. de ſerv. export.*

§. 18. Hæredes ſui, ſine ullo facto, *l. 9. §. 1. 4. de reb. dub. l. 19. §. 2. de caſtr. pec. l. 8. C. de ſuis & legit. hæred.* extranei ſola aditione, ſine traditione vel poſſeſſionis apprehenſione, hæreditatem conſequuntur, *l. 54. de A. O. H. l. 193. de R. J. add.* OBSERV. LAUT. *Obſerv. 896. 980.* hinc in ſpecie Falcidiam ipſo jure acquirunt, *l. 26. l. 73. §. fin. ad L. Falcid. l. 1. §. 5. quod legat.* Pupillo, militi & mulieri acquiritur res, quam eorum pecunia, alius ſuo nomine emit, *l. 2. quand. ex fact. tutor. l. 8. C. de R. V. l. 55. de donat. inter vir. & uxor.* quæ acquiſitio ipſo jure facta dici poteſt, dum animum habendi, vice illarum perſonarum, lex declarat, *add.* OBSERV. LAUT. *Obſ. 816.*

§. 19. Dominium rei legatæ, ſine traditione, *l. 1. 2. de public. in rem action.* imo ſuo modo, ſine agnitione, legatario acquiritur, *l. 77. §. 3. l. 80. de Legat. 2. l. 64. de furt. l. 9. §. 5. de pecul. l. 44. §. 1. l. 86. §. 2. de Legat. 1.* Non minus dominium in emtorem revera translatum, virtute pacti commiſſorii vel addictionis in diem, ad venditorem ipſo jure redit, *l. 41. de R. V. l. fin. de leg. commiſſ. l. 4. fin. C. de pact. int. emtor. vid.* LAUT. *C. J. de Leg. commiſſor. lit. E.* quod fruſtra negat EBERT. *de eo quod fit ipſ. jur. membr. 2. Sect. 2. §. 11.* Aliquando ſervitus ipſo jure conſtituitur, *l. fin. §. fin. C. de ſervit.* id quod de quovis pignore legali ſive tacito etiam dici poſſe videtur, etſi quoad legale mixtum, quod vocant, diſſentiat EBERT. *d. l. §. 23.* Supplementum legitimæ ipſo jure debetur, licet teſtator non juſſerit, *l. 36. C. de teſtam. inoffic.*

§. 20. Iſta ipſius juris ſanctio, vel ipſa æquitas naturalis eſt, *vid.* OB-

OBSERV. LAUT. *Observ. 816.* vel ex communibus æquitatis & utilitatis principiis resultans dispositio positiva, hinc uti, sine adminiculo juris Romani, intelligi fierique potest, ita hodie quoque obtinet, nec tamen in omnibus exemplis. Sic apud Romanos actio vendita, ante cessionem, ipso jure, sed utilis saltem, acquiri dicitur *l. 1. §. 13. de tutel. & ration. distrah. l. 5. 7. 8. 9. C. de hæred. & action. vend. vid.* LAUT. *C. J. de H. & A. V.* verbis: *emtor etiam ante cessionem.* Verum hodie cessione in genere opus non est, sed quicquid præter emtionem similemve titulum intervenit, illud omne ad probationem saltem pertinet.

§. 21. Non minus venditor, re vendita per furtum subtracta, actiones contra furem emtori cedere *v. l. 23. de H. vel A. V.* debet, *§. 3. I. de emt. vend. l. 14. 80. de furt. l. 35. §. 4. de C. E. V.* sicut etiam mandatarii actionibus acquisitis cedunt, *l. 8. §. 5. 10. l. 43. 45. mand.* sed aliquando, sine cessione, dominis actio, ipso jure, acquiritur, *l. 2. C. per quas pers. nob. acquir.* Sed nec hic cessionum ambagibus hodie opus, adeoque ipsum jus, nomen otiosum esse, plane arbitror, *vid.* OBSERV. LAUT. *Observ. 561.*

§. 22. Ex his ergo liquet, quod sanctio, quæ defectum factorum privatorum supplet, *ipsum jus* dicatur. Verum aliquando, contrario nominis usu, ipso jure fieri dicitur, quod secundum omnia legum requisita peragitur, opponiturque negotio à Judice confirmando. Sic tutor in testamento legitime datus, ipso jure dicitur constitutus. Equidem EBERTUS *d. tr. m. 1. Sect. 2. §. 5.* existimat, *interpretes saltem sic loqui, non vero leges,* verum stilus legalis ex *l. 13. §. fin. de excus. tutor.* etiam colligi potest. De cætero uti discrimen ipsum satis certum est, ita ei notando, nomen ipsius juris non adeo est necessarium, præterea discrimen illud, in exemplo tutelæ, hodie non amplius occurrit.

§. 23. Sic igitur ipsum jus, facta privata aliquando *supplet*, aliquando de eorum præsentiâ *testatur.* Porro illud negotia humana simpliciter quandoque saltem *declarat*, nam quæ naturaliter negotio insunt, illa ipso jure obtinere dicuntur, habito respectu ad conventiones speciales, quibus illa etiam definiri possunt, *l. 17. §. 1. pro soc. l. 9. §. 1. de distract. pign. l. 2. de duob. reis.* Differentia hic satis quo-

que manifesta est, ei tamen exprimendæ, nomen ipsius juris itidem non valde necessarium, hinc facile eodem carere possumus.

§. 24. Denique ipsum jus facta privata aliquando *adjuvat.* Quando enim JCti dubitant, an facto privato certus aliquis effectus produci queat, ipsum jus, velut in subsidium vocant. Sic donatio Conjugum ipso jure per mortem donantis confirmatur, si revocatio non interveniat, *l. 32. §. 1. 2. de donat. int. V. & U.* dubium enim erat, an voluntas factumque donantis, quod pœnitentiæ & revocationi subjacebat, producendo illi effectui seu donationis valori sufficeret.

§. 25. Aliud exemplum est in *l. 9. §. 1. de jur. dot:* Si res alicui tradidero, ut, nuptiis secutis, dotis efficiantur, & ante nuptias decessero, an, secutis nuptiis, dotis esse incipiant? Et veretur Ulpianus, ne non possint in dominio ejus effici, cui datæ sunt, quia tradens morte dominium amittit, ac, ab hærede invito, illud discedere non posse videtur: Favore tamen dotis, hærede consensum differente, dominium, ipso jure, ad maritum transferri existimat. Ulpiano contradicit Julianus in casu simili *l. 2. §. 2. de donat:* ac apertam hic esse Antinomiam censet EBERT. *d. tr. m. 2. Sect. 2. §. 3. in fin.*

§. 26. Cæterum sicut JCti Romani, in æstimandis factis humanis, & tractando jure Civili, sæpe nimis fuerunt superstitiosi, dum nimias miserasque sectati sunt subtilitates, ita idem hic accidisse Ulpiano, non immerito dicitur, nam in utroque, quod refert, exemplo, facta privata, & ordinarias legum regulas, producendo effectui intento, suffecisse, manifestum est, ut ad jus ipsum recurrere, minime fuerit opus. Ex quo sequitur, dissensum JCtorum, si aliquis subfuit, esse innoxium, nam non circa *effectum ipsum,* sed *producendi modum* saltem dissenserunt, deinde, jus ipsum & de jure Civili & hodie, in exemplis allatis, esse nomen otiosum.

§. 27. Supersunt actus Liberatorii, *v. §. 5.* Circa hos leges, quantum ex exemplis, hactenus visis, judicare licuit, quadruplici modo operantur, ex qua operatione, *ipsum jus,* aliquando oritur, aliquando vero adesse negatur. Scilicet leges nonnunquam (1.) *obligationem efficacem immediate tollunt,* quo casu debitor *ipso jure* tutus dicitur. Sic debita inter cohæredes ipso jure sunt divisa, *l. 26. C. de pact. l. 6. C. fam. ercisc.* quod multo magis verum, si unus in rebus castren-

sibus,

ſibus, alter in cæteris, hæres ſcriptus ſit, *l. 17. §. 1. de teſtam. mil.*

§. 28. Ipſum jus, hic oriri ex æquitatis principiis, ſatis manifeſtum eſt, cum enim obligationes, intuitu rerum, conſtituantur, merito hæredes, pro ratione rerum acceptarum, ſaltem obligantur, hinc hodie etiam illius ſanctionis eſt uſus, adeo ut, ſi cohæres, ex errore habili, ſolidum ſolvat, partem à Creditore poſſit repetere, neque unus pro altero ſolvere cogatur, licet hic deſierit eſſe ſolvendo, *add.* EBERT. *d. tr. m. 2. Sect. 2. §. 33. p. 529.*

§. 29. Aliquando leges efficacem obligationem non tollunt, ſed ſaltem (2.) *jus ſe liberandi debitori concedunt*, quo caſu, *non ipſo jure*, ſed *ope exceptionis*, ille liberari dicitur. Exemplum eſt in correis debendi, *auth.* hoc ita *C. de duob. reis* ac in ſpecie, in fidejuſſoribus, *l. 26. de fidejuſſor. l. 49. §. 1. eod.* cujus mentem, ſubtilem putat EBERT. *d. l. §. 32.* ſed ſine gravi cauſa, *l. 3. C. eod.* vid. infra *l. 5. c. 17. §. 16. ſeqq.* Hujus etiam ſanctionis & æquitas, & effectus manifeſta ſunt, & hodie quoque illa obſervatur, *add.* OBSERV. LAUTERB. *Obſerv. 364.*

§. 30. Porro leges aliquando volunt (3.) ut *obligatio non ab eo tempore, quo debitor hoc allegat, ſed ab eo potius, quo aliqua tollendi cauſa extitit, ſit ſublata*, hoc caſu obligatio *ipſo jure* extincta dicitur, hinc compenſatio ipſo jure, ſive ab eo tempore, quo mutuum debitum extitit, obligationem perimit, cujus rei effectus eſt itidem manifeſtus. *v. l. 4. 10. 11. 12. 21. de compenſ. l. 4. 12. ſ. C. eod. l. 7. C. de ſolut. l. 43. ff. eod.* De cætero ipſum jus, hic non eſſe mere Romanum, ſed ipſam potius æquitatem, voluntatis affectusque privati interpretem, pluribus oſtendi in OBSERV. LAUTERB. *Obſerv. 448. 449.* hinc etiam de ejus uſu hodierno dubitandum non eſt.

§. 31. Denique (4.) *leges quibusdam tollendi modis, peculiarem vim impertiuntur, ut obligationes penitus tollant, aliis vero eandem efficaciam non tribuunt, hinc obligationes ita illi perimunt, ut obligatio mere civilis remaneat*, illo caſu obligationes *ipſo jure*, hoc, *ope exceptionis* tolli dicuntur. Hoc diſcrimen in jure Romano eſt frequentiſſimum, ac ad illud etiam in *l. 8. §. 16. de inoff. teſtam. l. 1. §. pen. ut legat. vel fideic. ſerv. cauſ. cav.* reſpici puto; fuit etiam aliquis

 ejus

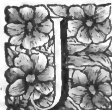
-jus effectus, quem indicavi in OBSERV. LAUTERB. *Observ. 1141.* Sed uti illud, ex corruptione fori Romani, fuit exortum, ita hodie nullius plane est effectus & usus, sed verissimum, quod scripsit Paulus in *l. 112. d. R. J.* Quæ igitur operose recenset EBERT. *d. tr. m. 2. Sect. 1.* & circa singulos tollendi modos, alibique passim sollicite inculcant juris Civilis iterpretes, illa omnia, vana otiosaque putanda sunt. *v.* OBSERV. LAUTERB. *Observ. 461. 1112. 1116. 1181.*

CAPUT IX.
DE FICTIONIBUS LEGUM.

SUMMARIA.

Fictionum institutum, vulgo censetur elegans & necessarium, sed revera ineptum & inutile est §. 1.
Earum diversa suppositio §. 2.
Inprimis pro lege, vel ei adjuncto commento fictio accipitur §. 3.
Tale commentum non est necessarium §. 4. 5.
Quod exemplo fictionis juris postliminii §. 6.
Traditionis fictæ & quasi contractuum declaratur §. 7.
Meræ igitur ineptiæ sunt, quæ de fictionum varietate vulgo tradunt §. 8.
Nec jus naturæ his sordibus conspurcandum §. 9. 10.
In statutis & actibus privatis fictiones locum habere possunt, sed non opus iis est §. 11.
Æquitas & necessitas fictionibus frustra prætexitur §. 12.
Cætera dogmata de fictione impossibilium §. 13.
Prærogativa veritatis & fictionis §. 14.
Fictione naturam imitante §. 15.
Fictionum concursu breviter expenduntur §. 16.
Fictio, à mendacio errore, simulatione & præsumtione differt §. 17.
Fictiones Jurisprudentiæ sunt molestæ §. 18. 19.
Inprimis ob earum, ad quæstiones utiles, applicationem §. 20. 21. 22. 23. 24.
Neque tamen ideo fictionū defensores deerunt (§. 25.

§. I.



JUs Romanum ejusque interpretes, præcipue antiquiores, Fictionibus abundant, quæ res à plerisque ita accipitur, ut istud fingendi institutum, elegans, subtile ac, ad leges ferendas, necessarium & utile existiment, hinc etiam multi professo studio fictiones explicaverunt, *add.* EBERT. *de eo quod fit ipso jur. m. 2. Sect. 2. §. 8. p. 387.* Sed mihi totus iste fictionum apparatus, non tantum non necessarius, sed & inutilis ineptusque visus est in *dissert.* de fiction. Roman. natur. & inconçin. *hab. Lips. 1694.* ex quibus principiis, cum nondum eorum me pœniteat, summa capita hic

hic proponam, quæ disquisitio etiam nec inutilis, nec alieno loco instituta videbitur, cum ad Jurisprudentiæ fundamenta, ab ineptiis vindicanda, pertineat.

§. 2. Per fictiones hic non intelliguntur mendacia & dolosæ simulationes, *v. l. 52. §. 15. de furt. l. 16. de liber. caus.* nec casus ficti, quibus ad repræsentanda discentibus jura, utimur, *v. l. 38. de R.V.* Sed commenta illa, quæ, in legibus ferendis, adhiberi solent, quæ tamen ut eo melius intelligantur, observandum est, quod fictiones legum dupliciter accipiantur (1.) pro ipsa falsi assumtione, (2.) pro lege, quæ istam falsi assumtionem habet adjunctam.

§. 3. Primo respectu fictio est *assumtio falsi pro vero, scienter & aperte facta, mediante qua, ultro aliqua legis dispositio proponitur.* Secundo autem est *ipsa legis dispositio, sub memorata falsi assumtione, ultro proposita.* Poterat ultima acceptio insolens alicui videri, sed revera tamen occurrit, nam non minus v. g. *fictio*, quam *dispositio legis Corneliæ* dici solet: id autem facile liquet, ab adjuncto suo, legem ipsam ita esse denominatam, & fictionem primo sensu suppositam, præcipue spectandam esse.

§. 4. Circa hanc ergo, contra vulgaria præjudicia, id inprimis observandum, quod ejus, circa ferendas leges, nulla plane sit necessitas, sed quod illa saltem ultro adhibeatur. Patet id ex eo, quod fictio, nihil sit, sed merum ens rationis, quod adeo effectum aliquem realem producere nequit, hinc si fingens ejus, quod intendit, efficiendi non habeat potestatem, fictio adhibita effectum intentum non operabitur, si vero illa potestate gaudeat, tum fictionem addere quidem poterit, sed effectus non ab hac, sed illa dependebit, ac, fictionem non esse necessariam, simul ostendet.

§. 5. E. g. Imperans, dum tributa subditis imponit, fingere potest, ac si singuli, eo nomine, speciale pactum secum inierint, sed effectus seu solvendi necessitas, non dependet à fictione, sed ab imperio, quod ille in subditos habet, adeoque patet, fictionem posse omitti; Vice versa si privatus ab alio, qui ei nihil debebat, aliquid exigat, is nihil accipiet, licet fingat, quod alter sibi aliquid promiserit, ex quibus liquet, non entis, in producendo effectu reali, nullam posse esse efficaciam & necessitatem.

 §. 6. At-

cum in vita civili ſæpe eodem reſpectu illæ concurrant, adeoque à comparatione plane abſtinendum putem.

§. 29. Ulterius (4) *An, ubi ſubditi bonis moribus ſunt imbuti, opus ſit leges contra vitia ferre?* quod negandum, Legislator enim non tam prohibere, quam admonere videretur, *vid.* SLEIDAN. *de ſtat. relig. l. 26. p. 843 edit. Argentor.* Ex eo vero id ſequitur, quod quibusdam legibus ſcriptis non ſemper opus ſit, non vero, quod Non ſcriptis illæ ſint poſtponendæ.

§. 30. Amplius (5) *An in magna morum depravatione, leges ſcriptæ, præferendæ ſint juri non ſcripto?* quod omnino dicendum, ſunt enim illæ, magis evidentes, ac, ad convincendos improbos, aptiores; boni autem mores i. e. obſequium legibus præſtandum (ſi quis ad eos recurrere velit) hic fruſtra, velut medium depravationem tollendi, laudantur, exulant enim, &, cum ſua ſponte redire nequeant, de medio eos reducendi quæritur, quod adeo non ipſi boni mores, ſed leges ſcriptæ exhibent.

§. 31. Non minus (6) *An exempla Imperantium, in emendandis malis moribus, æque efficacia, vel etiam efficaciora ſint legibus ſcriptis?* Hoc ſub certis conditionibus affirmari poteſt, ſi ſcilicet morum depravatio ex aulis habeat originem, ut circa luxum, ludendique licentiam accidere ſolet: Si leges vel imprudenter ferantur, vel latis per indirectum aut aperto neglectu autoritas adimatur. Interim tota hæc disquiſitio, ad definiendam juris ſcripti & non ſcripti prærogativam, non pertinet.

§. 32. Adhuc (7) *An ſæpe leges ſcriptæ, malos mores tollere nequeant, ſed ab his potius vincantur?* quod dicendum, cum, ob varias cauſas id accidere, experientia teſtetur. (8) *An bonæ leges, perſecutos pravos mores, aliquando abrogentur vel ſaltem opprimantur?* quod itidem affirmandum. Interim nemo mores, de quibus hæc & præcedens quæſtio loquitur, probandos dixerit, multo minus illi pro jure non ſcripto haberi poſſunt. (9) *An leges per conſvetudinem licitam quandoque tollantur?* Hoc quoque aſſerendum, ſed nec inde aliqua juris non ſcripti, præ ſcripto, exiſtit prærogativa, cum conſvetudo legem tollat, non quia non ſcripta, ſed quia poſterior & genio populi magis conveniens eſt.

§. 33. De-

eas, jura nuncupata scriptis regulariter præferri debent, aut potius his non opus est; ast ad regendos subditos totius alicujus Reipublicæ, ac notitiam legum posteris insinuandam, scriptæ leges, nuncupatis sunt aptiores. Nec oberit, *quod supplemento nonnunquam indigeant*, aut *cavillationibus subsint*, vel *circa eas, judex affectibus indulgere queat*, nam illa omnia in nuncupatas, & majori fortassis etiam cum effectu, retorqueri possunt.

§. 34. Tandem (11.) *An leges tacitæ, actibus subditorum introductæ sive consvetudines, præstent legibus scriptis?* hæc unica quæstio, ad jus scriptum & non scriptum, prout vulgo supponitur, quadrat, de cætero omnino negari, ac legibus scriptis prærogativa decerni debet, consvetudines enim sunt incertissimæ, sive earum *veritatem*, sive *sensum* consideres, ceu hactenus ostensum. *add.* LEHM. *Chr. Spir. l. 5. c. 59.*

CAPUT VIII.
DE EO QUOD FIT IPSO JURE.

SUMMARIA.

Connexio sequentium §. 1.
Ipsum jus, diverso sensu, accipitur §. 2.
Aliquando totum jus Civile, titulum illum gerit §. 3.
Sed sine aliqua utilitate §. 4.
Aliquando peculiaris aliqua legis dispositio, nomen ipsius juris gerit §. 5.
Quæ occurrit circa delicta §. 6. 7.
Nec mere Romana est §. 8.
Occurrit quoque circa contractuum valorem §. 9. 10. 11. 12.
Quæ tamen hodie, sine usu, quandoque est §. 13.
Ac in universum, Jurisprudentiæ morbum arguit §. 14. 15.
Non minus occurrit illa legis dispositio circa actuum licitorum necessitatem & effectum §. 16.
Quod variis exemplis declaratur §. 17. 18. 19.
Eaque suppositio hodie quoque usum habet, exceptis nonnullis exemplis §. 20. 21.
Aliquando ipsum jus, de actu privato, velut testatur §. 22.
Aut eum declarat §. 23.
Vel adjuvat §. 24. 25.
Quod ultimum hodie nullius usus §. 26.
Circa obligationes tollendas, ipsum jus, aliquando immediate vinculum tollit §. 27. 28.
Aliquando debitoris curæ illud relinquit §. 29.
Nonnunquam tempus liberationis determinat §. 30.
Aut facto privato singularem vim impertitur, quod ultimum hodie nullius usus §. 31.

§. 1.



Ntequam a tractatu legum abeamus, de tribus adhuc non incongrue disquiri posse videtur: (1.) de *eo quod fit ipso jure*, cujus frequens in Jure Romano fit mentio, (2.) *de fictionibus legum*, quæ itidem Juri Civili solennes sunt, & (3.) de *conflictu Statutorum, eorumque in Exteros valore.*

§. 2. De eo quod fit ipso jure, exstat *Tractatus* Eberti *loco* Dissertationis inauguralis *Francof. 1685. exhibitus:* In quo uti tædiosæ collectionis laude Autor non est privandus, ita stilum & tractandi rationem aliis non facile adprobabit. *Ipsum jus* est aliquando nomen *mere Romanum*, aliquando *Juris Gentium*, aliquando *inane*, aliquando *solidum*, id quod, si non exacte & adæquate satis, ita tamen ostendam, ut de omissis non difficulter etiam fieri possit judicium.

§. 3. Primo igitur totum *jus Civile*, in ordine ad *Prætorium*, dici solet *ipsum Jus*, ut in *l. 9. §. 1. usufr. quemad. cav. l. 1. §. fin. de superf. l. 1. pr. quib. mod. ususfr. amitt. l. 19. de testam. milit. l. 29. de usufr. legat junct. l. 24. fam. ercisc. l. 4. quib. mod. ususfr. amitt. l. 1. pr. §. 1 fam. ercisc. pr. I. de bonor. possession. §. 3. I. de acquisit. per arrog. l. 8. pr. de reb. eor. qui sub tut. junct. l. 1. de eo qui pro tutor.* Eodem etiam pertinet *l. 1. pr. de curator. furios.* licet vulgo ipsum jus, sententiæ judicis, ibi opponi existiment, *vid.* Observ. Lauterb. *Observ. 842.* Ratio autem denominationis inde esse videtur, quod Jus Civile, *textûs*, Prætorium, *explicationis* vel *commentarii* instar fuerit.

§. 4. Uti autem illa denominatio, mere Romana, &, ne quidem apud Romanos, necessaria est, cum, notando juris Civilis & Prætorii discrimini, consveta nomina sufficiant, ita multo minus hodie, ubi Juris Prætorii vel nullus vel exiguus est usus, illa necessaria vel utilis existimari potest. Saltem igitur, intelligendis nonnullis Juris Romani textibus, eadem notari debet.

§. 5. Deinde *ipsum jus* notat *peculiarem legis dispositionem*, quæ *alii legis* (& apud Romanos quidem sæpe Prætoriæ) *dispositioni*, *eidemque innexo facto* vel *judicis*, vel *hominis privati*, opponitur, cui specialius intelligendo, actus *obligatorii* & *liberatorii* non incommode separantur.

§. 6. In-

§. 6. Inter actus ergo obligatorios occurrunt (1) *delicta*, circa hæc, pœna aliquando *ipso jure* imponi dicitur, cujus rei effectus est, ut statim, à tempore commissi delicti, pœna incipiat, opponiturque adeo ipsum Jus, illi dispositioni, quæ demum, post latam sententiam, pœnam irrogat. Manifestum autem est, quod hoc discrimen, in omnibus pœnis, locum habere nequeat, nam vita prius amitti nequit, quam feralis sententia executioni detur, sicut etiam corpus affligi non potest, priusquam dolor revera imponatur, ast existimatio & bona, statim, à tempore commissi delicti perire possunt.

§. 7. De cætero *ipsum jus* duplici modo pœnam irrogat, vel ut *nulla plane sententia interveniat*, si scilicet delicta sint evidentia; Ita nonnulli, ex decreto legis, sunt infames, *vid.* LAUTERB. *Comp. Jur. de his qui not. infam.* bona defraudantium vectigal, sine sententia, fisco cedunt, ID. *d. tr. de publican:* vel ut *sententia declaratoria sequatur*, hac ratione violatores pacis publicæ absentes puniuntur, *O. C. p. 2. tit. 9. v.* LAUTERB. *d. C. ad L. Jul. de vi publ.* quidam ex communicationis sententia, *ipso facto*, innodantur, *c. 12. de elect. in 6. conf. l. 1. C. pro quib. caus. serv. pro præm. libert. accip.*

§. 8. Ista puniendi ratio, quæ nomine ipsius juris venit, positiva quidem est, sed non ex rationibus mere Romanis dependet, hinc in aliis etiam civitatibus occurrere potest & solet, ac hodie quoque usum habet. Sæpe autem in casibus specialibus non satis liquet, utrum à tempore commissi delicti, an sententiæ latæ, pœna incipere debeat, *v.* EBERT. *d. tr. membr. 1. sect. 2. §. 9. seqq. membr. 2. sect. 2. §. 9. 13.* rationis est, ut in dubio posterius, velut mitius, afferamus, licet alibi in sententiam rigidiorem inclinaverim, *v.* JUS FEUD. GERM. *c. 26. §. 52. seqq.* quam tamen postea mutavi in *edit. secund. d. c. 26. §. 59.*

§. 9. Sub actibus obligatoriis, (2.) continentur *actus liciti*, qui scilicet vel revera tales sunt, vel saltem sub illa forma celebrantur. In iis autem spectari potest *Valor*, ubi dici solet, quod quidam actus *ipso jure* sint nulli, alii vero summo jure validi debeant *rescindi.* Sic contractus metu initi, rescindendi esse dicuntur; sed matrimonium *c. 14. 15. X. de sponsal.* CARPZ. *J. E. l. 3. D. 55.* manumissio, *l. 9. 17. qui & à quib. manumiss.* dotis promissio, *l. 21. §. 3. quod met. caus.*

 metu

metu facta, ipso jure nulla censentur, *v.* LAUTERB. *C. J. quod met. cauſ. lit. R. n. 3.*

§. 10. Porro contractus bonæ fidei, quibus dolus causam dedit, ipso jure sunt nulli, sed stricti juris, rescindi debent, LAUTERB. *d. tr. de dol. ſign.* † Juramentum metu extortum, non ipso jure nullum, sed restitutione in integrum rescindendum est, RAUCHB. *l. 2. qu. 4. n. 34.* CARPZ *p. 2. C. 35. D 3.* intercessio mulieris, in instrumento privato facta, ipso jure nulla est, ast in publico celebrata, exceptione destruitur, *l. 23. §. fin. C. ad. Sct. Vellej.* LAUTERB. *C. J. ad Sct. Vellej. lit. O. n. 4. add.* STRYK. *in not. ibid.* quamvis alii aliter *d. l. 23. §. fin.* accipiant, *v.* EBERT. *de eo quod ſit ipſ. jur. membr. 2. Sect. 1. §. 6. p. 270. ſeqq.*

§. 11. Emtio venditio, ob enormem læsionem, non est nulla, sed rescinditur, *v.* LAUTERB. *C. J. de reſcind. vendit. lit. C.* CARPZ. *p. 2. C. 34. D. 7.* testamentum non rite conditum, est ipso jure nullum, ast inofficiosum debet rescindi, *l. 7. 30. de lib. & poſth. l. 24. 28. de inoff. teſtam. l. 1. de injuſt. rupt. Nov. 115. c. 3.* Minores aliquando sunt, quoad actus sibi noxios, ipso jure tuti, aliquando restitutione juvantur, *l. 16. pr. §. 1. de minor. v.* LAUTERB. *C. J. de ſolut. lit. P.* CARPZ. *p. 2. C. 11. D. 45.* alienatio rei litigiosæ, jure Codicis ipso jure nulla dicitur, *l. 2. 4. C. de litig.* quod de jure ff. secus fuerit, *l. 17. 18. de R. V. l. 1. §. 1. de litig. l. 1. §. fin. quæ res pign. oblig.* FRANSK *1. R. 11. n. 61.* LAUTERB. *C. J. de litig. lit. E.*

§. 12. Præscriptionis quoque exemplum huc referri potest. Equidem quatenus præscriptio vel ab initio *impeditur*, dum jus præscribendum nondum est natum, vel requisita necessaria deficiunt, aut *ſiſtitur*, dum tempus aliquod ei eximitur propter bellum, *c. 10. X. de præſcript. R. J. 1654. §. ſo viel nun die Capitalien. 172.* eatenus huc non pertinet. Sed aliquando, positis licet jure præscribendo & necessariis requisitis, v. g. per bellum ab initio, ipso jure *impeditur, add. l. 5. C. in quib. cauſ. in integr. reſtit.* aliquando vero completa, in casu v. g. absentiæ, per restitutionem in integrum *reſcinditur*, si scilicet intra quadriennium, à tempore sublati impedimenti & acquisitæ scientiæ, hoc petatur, *l. fin. C. de tempor. in integr. reſtit. vid.* LAUTERB *C. J. ex quib. cauſ. maj.* CARPZ. *p. 2. Dec. 116.* Denique sententia judicis aliquando est ipso jure nulla, *l. 1. §. 2. de ſent. quæ ſin. appell. reſcind. l. 2. 7.*

C.

C. quand. provoc. non est nec. aliquando appellatione rescindenda *l. 11. de J. & J. l. 65. §. 2. ad SCt. Trebell. l. 27. de re jud. vid.* LAUT. *C. J. de extraord. cogn.* & si quæ alia hujus generis sunt exempla.

§. 13. Cæterum sicut forte, in uno & altero exemplo, jactatum discrimen *ipsius juris*, & *aliûs remedii*, est dubium, aut aliquis discriminis *effectus* non comparet, quorsum forsitan pertinet exemplum rei litigiosæ alienatæ, ita in nonnullis exemplis, juxta usum Germaniæ, discrimen evanescere videtur. Sic hodie nihil interesse arbitror, utrum actum dolo aut metu initum, ipso jure nullum, an rescindendum dicas, *vid.* OBSERV. LAUT. *Observ. 115. n. 2. Observ. 117. 767.* Porro nullum effectum adesse puto, sive intercessionem mulieris, ipso jure nullam, sive rescindendam esse contendas, licet, quosdam aliquem asserere solere, non nesciam. In cæteris vero exemplis discrimen hodie quoque occurrit, *vid.* OBSERV. LAUT. *Observ. 123. 126. 127. 164. n. 6. Observ. 540. 1420. 1421.*

§. 14. Non immerito autem forsitan asseritur, discrimen ipsius juris & remedii aliûs rescindentis, ex corruptione fori Romani, habere originem, ac morbum Jurisprudentiæ arguere: Licet enim actus, non eodem semper effectu, impugnari queant, quemadmodum etiam uniformi probatione non semper defungi possumus, attamen ideo opus non erat, diversa comminisci remedia, eademque *duratione* & *transmissione* distinguere.

§. 15. Satius omnino erat, eam inire rationem, ut actus invalidi uniformi remedio, diverso tamen, pro diversa agentium intentione, effectu, impugnarentur, ac probatio, cuivis casui conveniens, adderetur, aut, si omnino remedia nominibus discernenda videbantur, discrimen tamen, quoad transmissionem aut durationem, inter illa, asserendum non erat, hoc sane non alio pertinet, quam ut jura in se alias plana, reddantur obscura, incerta ac, ad pariendas lites, magis apta, maxime cum sæpe incertum sit, an aliquis actus, ipso jure nullus sit, de quo sane circa processum non raro disputari solet, *add.* OBSERV. LAUT. *Observ. 105. n. 5. Observ. 1421.*

§. 16. Deinde etiam circa actus licitos spectari potest *necessitas* & *effectus.* Nimirum sæpe vel lege positiva, vel mero etiam jure naturali, actus aliquis, ad certi alicujus juris consecutionem, est *necessarius,*

farius, aliquando tamen contingit, ut idem jus, fine actu illo, acquiratur, tum *ipso jure* jus illud acquiri dicitur, quod variis exemplis illustrari potest.

§. 17. In *l. 22. §. 11. C. de jur. delib.* spatium aliquod, pro deliberatione, ipso jure concessum dicitur, cum alias illud, ad implorationem partis, à Magistratu concedi soleat. Ut jus commune, pluribus proprium fiat, opus regulariter est divisione, sed nomina inter cohæredes ipso jure sunt divisa, *l. 6. C. fam. ercisc. l. 4. pr. l. 25. §. 1. ff. eod.* Vice versa ut res propria fiat communis, traditio intervenire debet, sed aliquando communio ipso jure introducitur, *l. 1. §. 1. l. 74. pro soc.* Libertas servis quandoque ipso jure obvenit, *l. fin. de serv. export.*

§. 18. Hæredes sui, sine ullo facto, *l. 9. §. 1. 4. de reb. dub. l. 19. §. 2. de castr. pec. l. 8. C. de suis & legit. hæred.* extranei sola aditione, sine traditione vel possessionis apprehensione, hæreditatem consequuntur, *l. 54. de A. O. H. l. 193. de R. J. add.* OBSERV. LAUT. *Observ. 896. 980.* hinc in specie Falcidiam ipso jure acquirunt, *l. 26. l. 73. §. fin. ad L. Falcid. l. 1. §. 5. quod legat.* Pupillo, militi & mulieri acquiritur res, quam eorum pecunia, alius suo nomine emit, *l. 2. quand. ex fact. tutor. l. 8. C. de R. V. l. 55. de donat. inter vir. & uxor.* quæ acquisitio ipso jure facta dici potest, dum animum habendi, vice illarum personarum, lex declarat, *add.* OBSERV. LAUT. *Obs. 816.*

§. 19. Dominium rei legatæ, sine traditione, *l. 1. 2. de public. in rem action.* imo suo modo, sine agnitione, legatario acquiritur, *l. 77. §. 3. l. 80. de Legat. 2. l. 64. de furt. l. 9. §. 1. de pecul. l. 44. §. 1. l. 86. §. 2. de Legat. 1.* Non minus dominium in emtorem revera translatum, virtute pacti commissorii vel addictionis in diem, ad venditorem ipso jure redit, *l. 41. de R. V. l. fin. de leg. commiss. l. 4. fin. C. de pact. int. emtor. vid.* LAUT. *C. J. de Leg. commissor. lit. E.* quod frustra negat EBERT. *de eo quod fit ips. jur. membr. 2. Sect. 2. §. 11.* Aliquando servitus ipso jure constituitur, *l. fin. §. fin. C. de servit.* id quod de quovis pignore legali sive tacito etiam dici posse videtur, etsi quoad legale mixtum, quod vocant, dissentiat EBERT. *d. l. §. 23.* Supplementum legitimæ ipso jure debetur, licet testator non jusserit, *l. 36. C. de testam. inoffic.*

§. 20. Ista ipsius juris sanctio, vel ipsa æquitas naturalis est, *vid.* OB-

OBSERV. LAUT. *Observ. 816.* vel ex communibus æquitatis & utilitatis principiis resultans dispositio positiva, hinc uti, sine adminiculo juris Romani, intelligi fierique potest, ita hodie quoque obtinet, nec tamen in omnibus exemplis. Sic apud Romanos actio vendita, ante cessionem, ipso jure, sed utilis saltem, acquiri dicitur *l. 1. §. 13. de tutel. & ration. distrah. l. 5. 7. 8. 9. C. de hæred. & action. vend. vid.* LAUT. *C. J. de H. & A. V.* verbis: *emtor etiam ante cessionem.* Verum hodie cessione in genere opus non est, sed quicquid præter emtionem similemve titulum intervenit, illud omne ad probationem saltem pertinet.

§. 21. Non minus venditor, re vendita per furtum subtracta, actiones contra furem emtori cedere *v. l. 23. de H. vel A. V.* debet, §. 3. *I. de emt. vend. l. 14. 80. de furt. l. 35. §. 4. de C. E. V.* sicut etiam mandatarii actionibus acquisitis cedunt, *l. 8. §. 5. 10. l. 43. 45. mand.* sed aliquando, sine cessione, dominis actio, ipso jure, acquiritur, *l. 2. C. per quas pers. nob. acquir.* Sed nec hic cessionum ambagibus hodie opus, adeoque ipsum jus, nomen otiosum esse, plane arbitror, *vid.* OBSERV. LAUT. *Observ. 561.*

§. 22. Ex his ergo liquet, quod sanctio, quæ defectum factorum privatorum supplet, *ipsum jus* dicatur. Verum aliquando, contrario nominis usu, ipso jure fieri dicitur, quod secundum omnia legum requisita peragitur, opponiturque negotio à Judice confirmando. Sic tutor in testamento legitime datus, ipso jure dicitur constitutus. Equidem EBERTUS *d. tr. m. 1. Sect. 2. §. 5.* existimat, *interpretes saltem sic loqui, non vero leges*, verum stilus legalis ex *l. 13. §. fin. de excus. tutor.* etiam colligi potest. De cætero uti discrimen ipsum satis certum est, ita ei notando, nomen ipsius juris non adeo est necessarium, præterea discrimen illud, in exemplo tutelæ, hodie non amplius occurrit.

§. 23. Sic igitur ipsum jus, facta privata aliquando *supplet*, aliquando de eorum præsentiâ *testatur*. Porro illud negotia humana simpliciter quandoque saltem *declarat*, nam quæ naturaliter negotio insunt, illa ipso jure obtinere dicuntur, habito respectu ad conventiones speciales, quibus illa etiam definiri possunt, *l. 17. §. 1. pro soc. l. 9. §. 1. de distract. pign. l. 2. de duob. reis.* Differentia hic satis quo-

M que

que manifesta est, ei tamen exprimendæ, nomen ipsius juris itidem non valde necessarium, hinc facile eodem carere possumus.

§. 24. Denique ipsum jus facta privata aliquando *adjuvat*. Quando enim JCti dubitant, an facto privato certus aliquis effectus produci queat, ipsum jus, velut in subsidium vocant. Sic donatio Conjugum ipso jure per mortem donantis confirmatur, si revocatio non interveniat, *l. 32. §. 1. 2. de donat. int. V. & U.* dubium enim erat, an voluntas factumque donantis, quod pœnitentiæ & revocationi subjacebat, producendo illi effectui seu donationis valori sufficeret.

§. 25. Aliud exemplum est in *l. 9. §. 1. de jur. dot:* Si res alicui tradidero, ut, nuptiis secutis, dotis efficiantur, & ante nuptias decessero, an, secutis nuptiis, dotis esse incipiant? Et veretur Ulpianus, ne non possint in dominio ejus effici, cui datæ sunt, quia tradens morte dominium amittit, ac, ab hærede invito, illud discedere non posse videtur: Favore tamen dotis, hærede consensum differente, dominium, ipso jure, ad maritum transferri existimat. Ulpiano contradicit Julianus in casu simili *l. 2. §. 2. de donat:* ac apertam hic esse Antinomiam censet EBERT. *d. tr. m. 2. Sect. 2. §. 3. in fin.*

§. 26. Cæterum sicut JCti Romani, in æstimandis factis humanis, & tractando jure Civili, sæpe nimis fuerunt superstitiosi, dum nimias miserasque sectati sunt subtilitates, ita idem hic accidisse Ulpiano, non immerito dicitur, nam in utroque, quod refert, exemplo, facta privata, & ordinarias legum regulas, producendo effectui intento, suffecisse, manifestum est, ut ad jus ipsum recurrere, minime fuerit opus. Ex quo sequitur, dissensum JCtorum, si aliquis subfuit, esse innoxium, nam non circa *effectum ipsum*, sed *producendi modum* saltem dissenserunt, deinde, jus ipsum & de jure Civili & hodie, in exemplis allatis, esse nomen otiosum.

§. 27. Supersunt actus Liberatorii, *v. §. 5.* Circa hos leges, quantum ex exemplis, hactenus visis, judicare licuit, quadruplici modo operantur, ex qua operatione, *ipsum jus*, aliquando oritur, aliquando vero adesse negatur. Scilicet leges nonnunquam (1.) *obligationem efficacem immediate tollunt*, quo casu debitor *ipso jure* tutus dicitur. Sic debita inter cohæredes ipso jure sunt divisa, *l. 26. C. de pact. l. 6. C. fam. ercisc.* quod multo magis verum, si unus in rebus castrensibus,

fibus, alter in cæteris, hæres fcriptus fit, *l. 17. §. 1. de teſtam. mil.*

§. 28. Ipſum jus, hic oriri ex æquitatis principiis, ſatis manifeſtum eſt, cum enim obligationes, intuitu rerum, conſtituantur, merito hæredes, pro ratione rerum acceptarum, ſaltem obligantur, hinc hodie etiam illius ſanctionis eſt uſus, adeo ut, ſi cohæres, ex errore habili, ſolidum ſolvat, partem à Creditore poſſit repetere, neque unus pro altero ſolvere cogatur, licet hic deſierit eſſe ſolvendo, *add.* EBERT. *d. tr. m. 2. Sect. 2. §. 33. p. 529.*

§. 29. Aliquando leges efficacem obligationem non tollunt, ſed ſaltem (2.) *jus ſe liberandi debitori concedunt*, quo caſu, *non ipſo jure*, ſed *ope exceptionis*, ille liberari dicitur. Exemplum eſt in correis debendi, *auth.* hoc ita *C. de duob. reis* ac in ſpecie, in fidejuſſoribus, *l. 26. de fidejuſſor. l. 49. §. 1. eod.* cujus mentem, ſubtilem putat EBERT. *d. l. §. 32.* ſed ſine gravi cauſa, *l. 3. C. eod.* vid. infra *l. 5. c. 17. §. 16. ſeqq.* Hujus etiam ſanctionis & æquitas, & effectus manifeſta ſunt, & hodie quoque illa obſervatur, *add.* OBSERV. LAUTERB. *Obſerv. 364.*

§. 30. Porro leges aliquando volunt (3.) ut *obligatio non ab eo tempore, quo debitor hoc allegat, ſed ab eo potius, quo aliqua tollendi cauſa extitit, ſit ſublata*, hoc caſu obligatio *ipſo jure* extincta dicitur, hinc compenſatio ipſo jure, ſive ab eo tempore, quo mutuum debitum extitit, obligationem perimit, cujus rei effectus eſt itidem manifeſtus, *v. l. 4. 10. 11. 12. 21. de compenſ. l. 4. 12. f. C. eod. l. 7. C. de ſolut. l. 43. ff. eod.* De cætero ipſum jus, hic non eſſe mere Romanum, ſed ipſam potius æquitatem, voluntatis affectusque privati interpretem, pluribus oſtendi in OBSERV. LAUTERB. *Obſerv. 448. 449.* hinc etiam de ejus uſu hodierno dubitandum non eſt.

§. 31. Denique (4.) *leges quibusdam tollendi modis, peculiarem vim impertiuntur, ut obligationes penitus tollant, aliis vero eandem efficaciam non tribuunt, hinc obligationes ita illi perimunt, ut obligatio mere civilis remaneat*, illo caſu obligationes *ipſo jure*, hoc, *ope exceptionis* tolli dicuntur. Hoc diſcrimen in jure Romano eſt frequentiſſimum, ac ad illud etiam in *l. 8. §. 16. de inoff. teſtam. l. 1. §. pen. ut legat. vel fideic. ſerv. cauſ. cav.* reſpici puto; fuit etiam aliquis

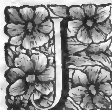
[illegible]us effectus, quem indicavi in OBSERV. LAUTERB. *Observ.* 1141. Sed uti illud, ex corruptione fori Romani, fuit exortum, ita hodie nullius plane est effectus & usus, sed verissimum, quod scripsit Paulus in *l. 112. d. R. J.* Quae igitur operose recenset EBERT. *d. tr. m. 2. Sect. 1.* & circa singulos tollendi modos, alibique passim sollicite inculcant juris Civilis iterpretes, illa omnia, vana otiosaque putanda sunt. *v.* OBSERV. LAUTERB. *Observ.* 461. 1112. 1116. 1181.

CAPUT IX.
DE FICTIONIBUS LEGUM.

SUMMARIA.

Fictionum institutum, vulgo censetur elegans & necessarium, sed revera ineptum & inutile est §. 1.
Earum diversa suppositio §. 2.
Inprimis pro lege, vel ei adjuncto commento fictio accipitur §. 3.
Tale commentum non est necessarium §. 4. 5.
Quod exemplo fictionis juris postliminii §. 6.
Traditionis fictae & quasi contractuum declaratur §. 7.
Merae igitur ineptiae sunt, quae de fictionum varietate vulgo tradunt §. 8.
Nec jus naturae his sordibus conspurcandum §. 9. 10.
In statutis & actibus privatis fictiones locum habere possunt, sed non opus iis est §. 11.
Aequitas & necessitas fictionibus frustra praetexitur §. 12.
Caetera dogmata de fictione impossibilium §. 13.
Praerogativa veritatis & fictionis §. 14.
Fictione naturam imitante §. 15.
Fictionum concursu breviter expenduntur §. 16.
Fictio, à mendacio errore, simulatione & praesumtione differt §. 17.
Fictiones Jurisprudentiae sunt molestae §. 18. 19.
Inprimis ob earum, ad quaestiones utiles, applicationem §. 20. 21. 22. 23. 24. (§. 25.
Neque tamen ideo fictionũ defensores deerunt

§. I.



JUs Romanum ejusque interpretes, praecipue antiquiores, Fictionibus abundant, quae res à plerisque ita accipitur, ut istud fingendi institutum, elegans, subtile ac, ad leges ferendas, necessarium & utile existiment, hinc etiam multi professo studio fictiones explicaverunt, *add.* EBERT. *de eo quod fit ipso jur. m. 2. Sect. 2. §. 8. p. 387.* Sed mihi totus iste fictionum apparatus, non tantum non necessarius, sed & inutilis ineptusque visus est in *dissert.* de fiction. Roman. natur. & inconçin. *hab. Lips. 1694.* ex quibus principiis, cum nondum eorum me poeniteat, summa capita hic

hic proponam, quæ disquisitio etiam nec inutilis, nec alieno loco instituta videbitur, cum ad Jurisprudentiæ fundamenta, ab ineptiis vindicanda, pertineat.

§. 2. Per fictiones hic non intelliguntur mendacia & dolosæ simulationes, *v. l. 52. §. 15. de furt. l. 16. de liber. cauf.* nec casus ficti, quibus ad repræsentanda discentibus jura, utimur, *v. l. 38. de R.V.* Sed commenta illa, quæ, in legibus ferendis, adhiberi solent, quæ tamen ut eo melius intelligantur, observandum est, quod fictiones legum dupliciter accipiantur (1.) pro ipsa falsi assumtione, (2.) pro lege, quæ istam falsi assumtionem habet adjunctam.

§. 3. Primo respectu fictio est *assumtio falsi pro vero, scienter & aperte facta, mediante qua, ultro aliqua legis dispositio proponitur.* Secundo autem est *ipsa legis dispositio, sub memorata falsi assumtione, ultro proposita.* Poterat ultima acceptio insolens alicui videri, sed revera tamen occurrit, nam non minus v. g. *fictio*, quam *dispositio legis Corneliæ* dici solet: id autem facile liquet, ab adjuncto suo, legem ipsam ita esse denominatam, & fictionem primo sensu suppositam, præcipue spectandam esse.

§. 4. Circa hanc ergo, contra vulgaria præjudicia, id inprimis observandum, quod ejus, circa ferendas leges, nulla plane sit necessitas, sed quod illa saltem ultro adhibeatur. Patet id ex eo, quod fictio, nihil sit, sed merum ens rationis, quod adeo effectum aliquem realem producere nequit, hinc si fingens ejus, quod intendit, efficiendi non habeat potestatem, fictio adhibita effectum intentum non operabitur, si vero illa potestate gaudeat, tum fictionem addere quidem poterit, sed effectus non ab hac, sed illa dependebit, ac, fictionem non esse necessariam, simul ostendet.

§. 5. E. g. Imperans, dum tributa subditis imponit, fingere potest, ac si singuli, eo nomine, speciale pactum secum inierint, sed effectus seu solvendi necessitas, non dependet à fictione, sed ab imperio, quod ille in subditos habet, adeoque patet, fictionem posse omitti; Vice versa si privatus ab alio, qui ei nihil debebat, aliquid exigat, is nihil accipiet, licet fingat, quod alter sibi aliquid promiserit, ex quibus liquet, non entis, in producendo effectu reali, nullam posse esse efficaciam & necessitatem.

§. 6. Atque illud amplius per inductionem probari potest, nam in omnibus exemplis, quæ vulgo ex jure Romano afferuntur, fictiones posse abesse, certum, ac per pleraque probatum est in *d. dissert. § 9. seqq.* Unum alterumve hic saltem adjiciemus: Qui ex captivitate revertitur, semper in civitate fuisse fingitur, ad eum effectum, ut liber existimetur. Non opus fuisse fictione, ex eo liquet, quod putativum Jus Gentium, ex quo captis servitus irrogari credebatur, nihil aliud fuerit, quam lex civilis Reipublicæ victricis. Hoc ergo uti extraneos non obligabat, ita Romanis liberum erat, illud in sua civitate non admittere, aut admisso palam vel adhibita fictione derogare: & quis crederet, si putativum illud Jus Gentium propria virtute Romanos obstrinxisset, ejus effectum inani fictione potuisse eludi?

§. 7. Circa traditionem multa fingi solent. In specie occurrit fictio brevis manus, quâ traditio, ex causa inhabili, facta, ad titulum habilem postea secutum applicatur. Sed, sine necessitate hæc fingi, palam est: ad translationem dominii requiritur titulus & traditio, hæc aut illæ præcedat vel sequatur, nihil refert, hinc non opus, traditionem olim factam, ad titulum postea secutum, fictione applicare, aut ordinem horum actuum fingendo invertere. In quasi contractibus, ex consensu ficto, obligatio repetitur; sed ex inductione constat, quod hæc, vel ex *facto administrationis*, vel *collata utilitate* resultet, ac adeo fictione opus non sit, & quis sibi persvaderi pateretur, nudam fictionem, deficiente alia causa, excitandæ obligationi sufficere?

§. 8. Atque ex hoc præsupposito cætera dogmata vulgaria, quæ, ex necessitatis cujusdam præjudicio, fluunt, facile dijudicari possunt. Vulgo de fictionum varietate sunt solliciti: Azo eas ad decem prædicamenta revocavit, alii fictionem in *affirmativam, negativam* & *translativam* distingvunt, ac ultimam vel de *persona ad personam*, vel de *re ad rem*, vel de *loco ad locum*, vel de *tempore ad tempus* fieri dicunt: nonnulli simpliciter quinque fictionum genera, nempe in *personis, rebus, tempore, loco* & *actibus* asserunt. Illa omnia esse vana & inepta, ex dictis manifestum est, frustra enim in re joculari & non necessaria, distingvenda laboratur.

§. 9. Circa *jus naturæ non occurrere fictiones*, vulgo dicunt; sed quid

quid obſtat, quo minus præcepta naturalia ſub fictione proponantur, ac v. g. in explicando tutorum pupillorumque officio, fingatur, illos parentes, hos liberos eſſe? Videntur etiam ad ejusmodi figmenta decurrere, qui juris naturalis dictamina, ex ſtatu integritatis, *normaliter* repetunt. Utut vero jus naturale fictiones non reſpuat, nolim tamen his ſordibus illud conſpurcare.

§. 10. Alio ſenſu dicunt: *jus naturæ non agnoſcit fictionem*, id eſt: *jus naturæ haud attendit ſanctiones juris poſitivi*, vel *per legem poſitivam non poteſt tolli.* Ultimum, verum eſt, ſed præcedens, falſum, nam lex naturalis ſanctiones poſitivas, v. g. de teſtamentorum ſolennibus, omnino obſervari vult, ac actum, ab ipſis abeuntem, improbat. Præterea vero liquet, ad explicandas haſce quæſtiones, nomine fictionis minime opus eſſe, ſed maximo abuſu, intempeſtive illud hic adhiberi.

§. 11. In *ſtatutis fictionem locum non habere*, nec *hominem privatum fingere poſſe*, vulgo etiam docent, quod utrumque iterum falſum arbitror: non ſolis Romanis ineptiendi privilegium datum eſt, ſed aliis quoque pari jure nugari licet. Quodſi autem ſtatuti conditor, vel homo privatus, ea intendat, quæ efficere nequit, tum utique ſcopum ſuum haud obtinebit, ſive aperte agat, ſive fictione utatur, ſed idem quoque in Legibus Romanis obtinet.

§. 12. Cauſam fictionum impulſivam, faciunt *æquitatem* & *neceſſitatem*, quod itidem falſo & inepte dici, ex præmiſſis liquet: Stultitia potius Romanorum, aut, ſi mavis, improbitas, qua res planas involvere ac captioſas leges ferre ſoliti ſunt, irretiendæ & emungendæ plebi, pro cauſa fictionum agnoſcenda videtur, de quo tamen rerum Romanarum gnari curatius diſpiciant.

§. 13. Eo etiam fere deveniunt: *impoſſibile fingi non poſſe*, ſed nihil obſtat, quo minus illa, ſive ſecundum quid, ſive abſolute talia ſint, fingantur. Caſtrati adoptare poſſunt ex Leonis *Nov.* 26. addi poteſt fictio rei impoſſibilis, quod caſtrati liberos genuerint. Ejus quoque, qui in utero eſt, aliqua ſunt jura, quia, ut ajunt, jam natus fingitur, finge etiam, ſi lubet, quod mater per digitos partum ſit enixa: Quod ſi autem Legislator ſtatuendi poteſtatem non habeat, tum neque poſſibilis, neque impoſſibilis rei fictio quicquam proderit.

§. 14.

§. 14. Quæri quoque solet: *an veritas fictioni, vel hæc illi prævaleat?* Sed hoc unice spectandum est, num Legislator potestatem statuendi habeat nec ne. E. g. Si Imperans licentiam ducendi sororem concedere velit, fingendo, hanc esse extraneam, tum nihil aget, & veritas erit potior; Ast si Misnensi largiatur privilegia Francorum, fingendo illum esse Francum, tum sanctio rata erit, & fictio veritati prævalebit. Verum quando de potestate Legislatoris constat, quid opus est, otiosam, de veritatis & fictionis prærogativa, instituere disquisitionem.

§. 15. *Fictio imitatur naturam* i. e. jura adoptionis, juribus parentum & liberorum naturalium sunt attemperata, quod tamen perpetuum non est, certe Legislatori licet, jura illa disparare. *Fictio idem operatur* in *casu ficto, quod veritas in casu vero*, est ejusdem fere sensûs dicterium, nam eo etiam tendit; leges quasdam aliis solere attemperari. Sed quid attinet, his omnibus, ineptum fictionis nomen immiscere, eodemque rem planam, facere obscuram?

§. 16. *Fictio fictionis non datur* sive *duæ fictiones non concurrunt*, sed, si quem fingendi pruritus vexet, eum vel decem & plures fictiones conjungere posse, certum est: de cæteris dogmatibus idem est judicium. In genere dicendum, vulgaria dicteria, vel diversas leges inter se comparare, ac comparationi isti, otiose inepteque fictionis nomen immiscere, vel, si de fictione proprie dictâ accipiantur, plerumque esse falsa.

§. 17. Fictionem differre à *mendacio, errore* & *simulatione*, manifestum est. Inprimis etiam à *præsumtione*, illa distingvi debet, hæc enim est mentis humanæ actus, quo ex circumstantiis vel indiciis, veritas colligitur, vel etiam consensus, quem alter, salva æquitate, negare nequit, supponitur, hinc sæpe cum veritate conspirat, ac est species probationis, instrumentumque, ad expedienda negotia humana, valde necessarium, sed fictio est fœtus ineptientis cerebri, quo id, quod non est, adesse tamen fingitur, sine ulla necessitate, ceu ex dictis constat.

§. 18. Sicut autem fictionum, in legibus ferendis, nullus est effectus & necessitas, ita earum doctrina, nullam plane in Jurisprudentia habet utilitatem, hinc elogia, quibus vulgo illarum usum valde extollunt, qualia *d. dissert.* §. 72. 75. retuli, Legulejorum deliria

non

non immerito exiſtimantur. Imo non tantum nulla doctrinæ illius eſt utilitas, ſed & illa ſtudio juris perniciofa eſt, dum varia in hoc, inde redundant incommoda.

§. 19. Nam in genere (1.) *commenta illa nebulas animo velut offundunt, ſolidamque adeo cognitionem impediunt:* Qui, ex conſenſu ficto, obligationem dependere exiſtimat, is fundamentum verum non intelligit; qui captis reverſis non aliter, quam per fictionem, libertatem conſervari poſſe cenſet, ille vim legum civilium utique ignorat, & ſic in cæteris (2.) *ineptis quæſtionibus & doctrinis ſtudium juris opplent*, quas inprimis apud veteres gloſſatores reperire licet, & quo, aptius nugis ingenium, quis ſortitus eſt, eo gravius etiam hic delirare ſolet, *vid.* EBERT. *de eo quod ſit ipſ. jur. m. 2. Sect. 2. §. 8. 12. conſ. diſſert. noſtr. §. 50. 73.*

§. 20. Inprimis (3.) *utiles doctrinas corrumpunt ac fœdant*, nam ad has fictionum commenta interpretes non raro extendunt, ex iisque illas vel oppugnant, vel decidunt. Sic quæritur, *an, ſi Vaſallus, fundo alii locato, decedat, poſtquam colonus raſtris agrum ſubegerat, ac ſementem fecerat, penſio ad Vaſalli hæredes allodiales pertineat?* quod uti recte aſſeritur, ita id dubium facere cenſetur, quod *fictio in ſtatutis locum non habeat*, in quo diluendo laborat PISTOR. *l 1. qu. 25. n. 12.* verum iſtæ quisquiliæ non refelli, ſed conculcari debent, *vid. diſſert. noſtr. §. 37.*

§. 21. Ex ſententia GVILIELMI de CUNEO, in te *nec dominium nec poſſeſſio transfertur, ſi vendidi procuratori tuo fundum & conſtitui me poſſidere illius nomine, vel conduxi ab eo, vel reſervavi mihi uſumfructum*, quia *fictio fictionis non datur.* Sed, ex vana decidendi ratione, falſam profluxiſſe deciſionem, manifeſtum eſt, *vid. d. diſſert. §. 66. 67.* Legitimationem per reſcriptum Principis, fieri *ex fictione matrimonii,* cenſet STRAUCH. *diſſert. 4. n. 3.* ex eoque infert, quod *nec hodie liberi adulterini imperiali reſcripto legitimari queant.* Sed rationem iſtam, veram & neceſſariam eſſe non arbitror, hinc nec ejus conſectarium admitti debet, *vid.* OBSERV. LAUT. *Obſerv. 28. add.* SCHILT. *ad ff. exerc. 36. §. 132.*

§. 22. Probabilis eſt ſententia, quod legitimati per ſubſequens matrimonium, jure primogenituræ gaudeant, ſi legitimatio ſit facta,

N ante-

antequam ex alia matre, filius legitimus, in matrimonio, sit natus, hoc vero ante legitimationem nato, ille à laudato jure excludatur. Sed huic posteriori decisionis membro, non absque insigni probabilitatis specie id obverti posse videtur ITTERO *de feud. imper. c. 14. §. 4.* quod, *cum in priori casu legitimatus per fictionem quandam, dum nempe legitimatio ad tempus initi concubinatus retrotrahitur, ad successionem vocetur, eadem retrotractionis fictio, etiam posteriori casu, in favorem legitimati, admittenda sit.*

§. 23. Hæc difficultas, ex Romani juris principiis, hoc pacto, IPSI expedienda videtur: *quod omnis fictio & proinde etiam retrotractio præsupponat possibilitatem à parte objecti, ut re ipsa tam moraliter quam naturaliter fieri potuisset, quod factum fingitur, at vero posteriori in casu, si juris dispositionem respiciamus, fieri non potuit, ut à primo coitu, quo conceptus est filius naturalis, conjugium cum concubina, quæ nunc demum in thalami sociam adsumitur, tamdiu steterit & hucusque duraverit, cum sic, duas uno eodemque tempore uxores maritum habuisse, sequeretur, quod omni juri adversatur & hinc saltem moraliter impossibile est.*

§. 24. Sed non erat, cur doctrinæ, ex rationibus propriis *d. c. 14. §. 3.* jamjam non male à se explicatæ, ineptias illas adspergeret ITTER. nam, commentis illis nec decidendi nec oppugnandi vim inesse, palam est: Legitimatus priori casu jus primogenituræ consequitur, non ob aliquam retrotractionis fictionem, sed quia legitimatio eo tempore fit, quo jus primogenituræ, adhuc velut vacuum est, adeoque ab illo potest occupari, at posteriori, ab eodem repellitur, quia, quo tempore ille per legitimationem, jura legitimorum liberorum consequitur, jus primogenituræ jam alius occupavit.

§. 25. Licet igitur fictiones ideo rejiciendæ non sint, quod legibus divinis aut juri Canonico repugnent, hoc enim frustra à nonnullis asseritur, *vid. dissert. nostr. §. 71.* ab iis tamen in Jurisprudentia abstinendum esse, siquidem hæc *vera,* non *simulata philosophia* esse debet, ut vulgo cum Ulpiano *in l. 1. §. 1. de J. & J.* gloriantur, ex dictis abunde constat. Interim cum figmenta illa studium juris non evertant, sed saltem dedecorent, semper fortassis aliqui erunt, quibus turpes illæ maculæ, videantur pulchræ, quos uti suo sensu abundare

facile

facile patior, ita mihi adhuc placet illud, quod antea *dissertationem de fictionibus* obsignavi: *turpe est difficiles habere nugas, & stultus labor est ineptiarum.*

CAPUT X.
DE CONFLICTU STATUTORUM EORUMQUE IN EXTEROS VALORE.

SUMMARIA.

Varietas legum, in Germania & alibi frequens, quæstionem difficilem de valore in exteros parit §. 1.
Autores hujus materiæ §. 2.
Expediendæ quæstioni inter statuta personalia & realia distingvitur §. 3.
Sed irrito conatu §. 4. 5. 6.
Fundamentum decisionis, non ex jure Romano, sed naturali desumendum §. 7.
Tres casus generales distingvendi §. 8.
Regula generalis quoad primum casum §. 9.
Quoad secundum §. 10.
Quoad tertium §. 11.
Valor legum in exteros, triplici nititur fundamento §. 12.
Regulæ primæ exemplum §. 13.
Cum limitatione §. 14.
Sensus regulæ secundæ §. 15.
Exempla generalia §. 16. 17.
Specialia §. 18. 19.
Refellitur Huberus §. 20.
Alio exemplo matrimonii §. 21.
Vectigalium §. 22.
Privilegii §. 23.
Contractus viri §. 24.
Et uxoris regula declaratur §. 25.
Ad eam etiam pertinent qualitates personarum, legibus definitæ §. 26. 27.
Quæ ubique effectum habent §. 28.
In pœnis etiam spectatur locus delicti commissi §. 29.
Actus perfecti ubique valent, mutato licet domicilio, sed imperfecti & futuri, ex legibus novi domicilii æstimantur, §. 30.
Doctrinæ hujus varia exempla §. 31. 32. 33. 34. 35.
Limitatio §. 36.
Juxta regulam tertiam, statuta alibi quandoque valent ex gratificatione §. 37.
Quod exemplo testamentorum §. 38. 39. 40. 41.
Communionis bonorum inter conjuges §. 42.
Rerum mobilium §. 43. 44. 45.
Successionis ab intestato §. 46.
Contractuum §. 47.
Concursus creditorum declaratur §. 48.
Quid obtineat mutato domicilio §. 49.
Ex quo casus specialis, contra Huberum, deciditur §. 50.
Actus invalidus, alio in loco valere potest §. 51.
Quod exemplo contractus §. 52.
Testamenti §. 53.
Donationis conjugum §. 54.
Ac obligationis muliebris illustratur §. 55.
Summa hactenus dictorum §. 56.
Cum monito quoad casum mutati domicilii §. 57.
Et pacta statutis opposita §. 58.
Hactenus dicta etiam ad Statuta unius Territorii applicari possunt §. 59.
Quod juxta tres casus, antea propositos, generaliter ostenditur §. 60.

§. 1.



Iversas Respublicas, variæ consequuntur leges. Inprimis in Germania varietas legum cessare nequit, cum ex multis illa componatur Territoriis, quorum singula potestate legislatoriâ gaudent, qualis status in aliis etiam civitatibus aliquando occurrit. Hodie igitur per Europam frequens & difficilis est quæstio, censente HUBERO *in posit. ad ff. d. LL. n. 22.* utrius Reipublicæ vel Territorii leges, circa negotia, aliorum Statuum Rationes attingentia, observari debeant?

§. 2. Egit hac de re, post ARGENTRÆUM & BURGUNDUM præcipue, RODENBURG. *de jur. conjug.* qui etiam *tit. 1. c. 1. se neminem, qui hoc argumentum, in universum & certo ordine tractaverit, scire*, profitetur, ejus vero tradita laudat HUBER. *d. l. n. 31.* Sed HIC *in prælect. ad ff. de LL.* ut & JOH. VOET. *in comment. ad ff. de constit. Princ.* in plerisque planius solidiusque disquisitionis hujus fundamenta tradiderunt, ut alios nunc taceam. Institutum postulat, ut, pro captu nostro, hic etiam hac de re quædam dicamus.

§. 3. Id igitur quæritur, *si circa aliquod negotium, duorum Territoriorum leges* (quas, Statuta dici, vocabulo hoc latius sumto, moris est) *collidantur, utrius præferri aut postponi debeant?* nam hæc necessario cohærent, &, si alterius territorii leges valent, oppositas vim suam perdere, necessario consequitur, hinc hæc divelli non debent. Vulgo, ex diversitate statutorum, *personalia* illa sint, an *realia*, id dijudicandum esse existimant, adeo ut, illa, ad aliena territoria, vim suam extendere, non vero hæc, fere concludant.

§. 4. Sed isto fundamento niti non licet, nam utut, aliqua statutorum varietas, negari nequeat, attamen vix est, ut illam ad certas constantesque species revocare queas, hinc etiam ipsi Scriptores valde se torquent, in speciebus illis vel constituendis, vel explicandis: alius ex hoc, alius ex illo principio personalitatem æstimari jubet; hic personalibus & realibus addit statuta *mixta*, quæ alter iterum expungit, *vid.* RODENB. *d. tr. tit. 1. c. 1. 2.*

§. 5. Deinde ipsa etiam realium & personalium statutorum distinctio, incongrua est, quamvis enim quædam, sine consideratione

certa-

certarum rerum, aliquid diſponant, alia vero peculiare objectum reſpiciant, attamen certum eſt, quod omnia, perſonas & res ſimul concernant, ac illæ ab his ſeparari nec poſſint nec debeant, ceu ex inductione apparet, ut facile liqueat, diſtinctionem illam, inolitum redolere præjudicium, ex inepto Inſtitutionum Juſtineanarum ordine, hauſtum, quo quædam jura tantum ad perſonas, alia ad res pertinere perperam exiſtimantur.

§. 6. Denique, quod caput cauſæ eſt, ex illo diſcrimine, admiſſo licet, vera diverſi valoris ratio non dependet, hinc tantum abeſt, ut exinde ſolida præſentis rei poſſit fieri dijudicatio, ut potius quicquid tricarum, difficultatum ac dubiorum hic occurrit, ex lubrico illo fundamento, unice fere propullulaſſe videatur. Nolim dicere, quod Scriptores, qui iſta diſtinctione utuntur, veram rationem non viderint, hoc tamen contendo, illos hanc nec penitius cognoviſſe, nec perſpicue ſatis expoſuiſſe, diſtinctione illa futili, nebulas velut eorum mentibus offundente.

§. 7. Regulæ fundamentales, ſecundum quas hujus rei judicium regi debeat, ex jure Romano petendæ eſſe videntur HUBERO *in prælect. d. l. n. 1.* Sed juris Romani, qua talis, nullus etiam hic eſt uſus, hinc ex *natura imperii civilis* & *jure naturali*, quod liberarum gentium officia dirigit, unice diſquiſitionis hujus fundamenta & deciſiones repeti debent, ipſomet HUBERO non valde abludente.

§. 8. Quantum autem mihi judicare licet, videtur adæquata & ordinata hujus rei dijudicatio niti, diſtinctione triplicis caſus generalis. Vel enim (1.) actus in aliquo loco, de rebus, illi & agentium arbitrio ſubjectis, vel ab incola vel forenſi, ſuſcipitur: Vel (2.) actus, juxta leges certi alicujus loci celebratus, ſpectatur apud Exteros: Vel (3.) ex certo aliquo loco, in Territoria aliena & res ibi ſitas agitur.

§. 9. In ſingulos caſus, peculiaris regula, ex principiis antea laudatis deducta, ac deciſiones, in quibusvis exemplis ſpecialibus, ſuppeditatura, conſtitui poteſt. Quoad primum igitur hæc erit: *In actibus celebrandis leges loci, ubi illi peraguntur, obſervari debent, idque non tantum ab incolis, quod indubium, ſed & forenſibus & peregrinis, ibi commorantibus,* nam vis imperii civilis in hos omnes efficax eſt. Ex *comitate* tamen, vel aliquando ex *pacto, eo fine inito,* leges aliûs loci

 vale-

valere posse, certum quidem est, sed vix est, ut aliqua gens tam profusæ sit humanitatis, aut pacto adeo molesto se obstringi patiatur, hinc harum limitationum rarissimus erit usus.

§. 10. Quoad secundum casum, hæc obtinebit regula: *Quicquid juxta leges alicujus loci, de rebus, illi loco agentiumque arbitrio subjectis, valide aut invalide gestum est, illud, cum consectariis, valet aut non valet ubique.* Nam lex naturalis exigit, ut alios suo jure libere uti patiamur, adeoque ea, quæ ex illo jure valide suscepta sunt, non evertamus, sed, data occasione, potius adjuvemus, quemadmodum etiam illa requirit, ne ob actum invalidum, seu cessante obligandi causa, invitis obligationem imponamus.

§. 11. Tertius casus hac regula regitur: *Quoad res alibi sitas, leges loci, ubi actus susceptus, non valent, nisi exteri eas ex humanitate admittant, aut ex pacto admittere teneantur, cum vero neutrum præsumatur, sed justa ratione vel probatione ostendendum sit, hinc in dubio valor illarum legum erit negandus.* Rationes hujus asserti sunt manifestæ, nam imperium Civile, in aliena Territoria, vim suam non extendere, ex principiis politicis, notum est, quemadmodum etiam liquet, quod Gentes sibi invicem gratificari soleant, aut etiam aliquando ex pacto debeant, denique, ea, quæ juris dubii, vel facti sunt, neganda esse, nisi probentur, quis dubitet?

§.12. Ex his ergo apparet, quod valor legum in exteros, triplici nitatur fundamento (1.) *imperio civili*, in casu primo, (2.) *jure naturali perfecto*, in secundo, (3.) *sola humanitate*, in tertio, cui tamen aliquando pactum surrogari, atque ita illa in jus perfectum converti solet. Atque ex his aliorum etiam fundamenta, quæ huic disquisitioni substerni solent, facile dijudicari poterunt, sed, eo progredi, propositum non patitur.

§. 13. His præsuppositis, tres illos casus, cum suis regulis, specialius considerabimus. Juxta *regulam primam* igitur, *in actibus certo in loco celebrandis, leges loci observari debent*, hinc in specie processus judiciales, iisque conjunctæ executiones, legibus loci, ubi pendent & fiunt, reguntur. *vid.* HUBER. *d.l.n.7.* RODENB. *d. tr. tit. 2. c.5. n.9. p.78. n.17. p. 100.*

§. 14. Sed hæc vera sunt, si ea, quæ aguntur, agentium arbitrio

& legibus loci penitus ſubſint. Quodſi vero agentes non ſint ſui juris, vel actus ſuſcipiendus, ex jure alibi quæſito & formato, profluat, tum leges loci, ex quo agentes vel actus pendent, erunt obſervandæ, & id quod agitur, valebit, aut non valebit, prout hæ leges exegerint, inciditque hæc res in caſum & regulam noſtram ſecundam, ubi etiam exemplis eam illuſtrabimus. Porro ſi actus in res alibi ſitas dirigatur, tum itidem leges loci propria autoritate non valent, ſed pertinet huc reſpectus ad caſum & regulam tertiam.

§. 15. Pergimus ad *caſum* & *regulam ſecundam.* Juxta hanc *id, quod valide aut invalide alicubi geſtum eſt, valet aut non valet ubique.* Cæterum ſicut hic etiam conſiderandum, an omnia agentium arbitrio & legibus loci ſubfuerint, ita hoc quoque ſpectari debet, utrum ea intentione negotium celebratum ſit, ut ex præſenti tempore vires habeat, an vero à futura voluntate ſuſpendatur, illo caſu demum regula procedit, hoc vero, quia actus eſt adhuc imperfectus, non leges loci, ubi primo celebratus eſt, ſed ejus potius, in quem agentes ſe poſtea contulerunt, ſpectari debent, ac inde validitas aut invaliditas actus æſtimanda eſt, nam incidit tum hæc res in caſum & regulam noſtram primam.

§. 16. Exemplis res fiet clarior. Si contractus de certis rebus ineatur, ille etiam alibi, ubi merces illæ prohibitæ erant, valebit, niſi forte, in præjudicium hujus loci, hoc vergat, *vid.* HUBER. *d. l. n. 5.* Res judicatæ alibi quoque autoritatem habent, modo, juxta requiſita allata, confectæ ſint, alias, ad eas obſervandas, alia civitas non tenebitur.

§. 17. E. g. deliquit aliquis in noſtro territorio, aufugiens à judice aliûs loci abſolvitur, res judicata in noſtrate regione abſoluto nihil proderit, ſi, eludendæ jurisdictioni noſtræ, proceſſum illum affectaverit, HUBER. *d. l. n 6.* id quod eo promtius dici poteſt, ſi judicem alieni territorii, in delinquentes deprehenſos, ſtatim ſententiam ferre non poſſe, ſupponas, quod contra communem ſententiam adſtruxi OBSERV. LAUTERB. *Obſ. 155.*

§. 18. Friſius, in Hollandia debitor factus, ex cauſa mercium particulatim venditarum, convenitur in Friſia poſt biennium. Reus opponit præſcriptionem biennii, in ejusmodi debitis, in Friſia receptam,

ptam, creditor replicat, in Hollandia, ubi contractus initus erat, ejusmodi præscriptionem non esse probatam, proinde sibi non obstare in hac causa: quid juris? pro Reo & Jure Frisiæ pronunciatum refert HUBER. *d. l. n. 7.* quia *præscriptio non pertineat ad valorem contractus,* sed *processum, qui loci, ubi instituitur, legibus regi debeat.*

§. 19. Sed parum recte pronunciatum videtur, nam præscriptio utique ad contractum & merita causæ pertinet, non ad processum, creditori enim in Hollandia jus constans, præscriptione biennii non elidendum, erat acquisitum, quod adeo Frisii non evertere, sed adjuvare potius, ex decreto legis naturalis, debuissent. Idem dicendum de casu simili: debitor in Frisia convenitur ex instrumento, coram Scabinis, in Hollandia celebrato, ibidemque paratam executionem habente, quæritur an eandem vim habeat in Frisia?

§. 20. Negat hoc HUBER. *d. l.* quia *executio ad processum pertineat adeoque jus loci, ubi illa fit, servandum sit.* Sed iterum falli videtur, nam *externus* quidem & *accidentalis exequendi modus,* novus plane actus est, adeoque legibus loci subjacet, licet sententia alibi lata, executioni danda sit, sed *ipsa executio*, quæ, ex jure per contractum formato, dependet, adeoque necessarius & inseparabilis ejus effectus est, perinde ac jus ipsum, ad contractum pertinet &, juxta hujus leges, fieri debet, *vid.* §. *14. add.* RODENB. *d. tr. tit. 2. p. 2. c. 4. n. 5. pag. 124.*

§. 21. Matrimonium, sine hierologia contractum, etiam ibi valet, ubi hæc alias requiritur, modo non cives nostri, eludendo juri patrio, alibi, juxta modum nobis improbatum, contraxerint: idem est, si nuptiæ juri divino repugnent, nam nec has Respublica, sanioribus imbuta principiis, tolerare debet, licet dispensatio Pontificis olim accesserit, nisi forte, ob inolita vitia, vel contrahentium superstitionem, ultro connivere velit. *add.* HUB. *d. l. n. 8.*

§. 22. Si subditis prohibitum sit, ne prope territorii limites eant potatum, eoque pacto vectigalia imminuant, merito illa dispositio in regionibus vicinis etiam valere debet, non propria sua vi, sed ex decreto juris naturalis, *vid.* RODENB. *d. tr. tit. 1. c. 3. n. 3.* Cæterum cum ejusmodi dispositiones, utilitatis propriæ rationibus nimium attemperatæ adeoque inhumanæ vicinis plerumque videatur, ideo nec hi,

ad

de officia socialitatis exhibenda, valde proclives esse, sed leges illas vicinorum, qvavis occasione convellere solent.

§. 23. Creditores, qui in domicilio debitoris, ob contractum, de rebus ibi sitis, celebratum, privilegia quædam sunt consecuti, eadem retinent, licet debitor, mutato domicilio, res mobiles in novum domicilium transtulerit, nequicquam dissentiente RODENBURG. *lit.* 2. *c.* 5. *n.* 16. *p.* 96. ideo, quod *mutato domicilio, mutetur & conditio mobilium etiam dispendio tertii* seu *mobilia semper sequantur personam*, nam hæc mera est petitio principii, seu falsum aliquod principium, quo Scriptores statutarii frustra nituntur. Verum quidem est, quod mobilia sæpe ex loco domicilii æstimentur, de quo in sequentibus erit dispiciendum, sed quod semper hoc fieri debeat, licet jus aliis quæsitum obstet, illud utique gratis & dicitur & creditur.

§. 24. Apud Ultrajectinos, ex contractibus mariti, uxor obligatur, contracto ære alieno, conjuges migrant in Hollandiam, ibique, marito mortuo, uxor, ab onere illo se liberatura, bonis renunciat eo modo, qui in Hollandia, excludendo æri alieno, sufficit, quæritur, an hoc obsit Creditoribus Ultrajectinis? quod negandum, nam jus semel legitime quæsitum, per leges alieni Territorii, invitis auferri non potuit.

§. 25. Per mores Hollandorum nullius momenti est inita, absque viro auctore, obligatio, ut ne quidem, à morte viri, uxor ex illa teneatur: per leges vero Ultrajectinorum, jus Creditori non redditur, constante matrimonio, acturo tamen efficaciter in mulierem, eo dissoluto. Uxor sine marito, Ultrajecti contrahit, ac, collocato postmodum apud Hollandos domicilio, maritus moritur, num mulier Ultrajectini Creditoris actionem, ex novi domicilii lege, elidet? nequaquam, ob rationem antea datam. Vice versa, uxor Hollanda, absque marito contrahens, translato Ultrajectum domicilio, post mariti obitum, conveniri non poterit, ex actu enim simpliciter invalido, obligationem, sine novo habilique consensu, ei imponere non licet, *vid.* RODENB. *d. tr. tit.* 4. *c.* 1. *n.* 7. *seqq. c.* 2.

§. 26. In hunc censum etiam referri debent illæ dispositiones, quibus personarum conditio civilis, sine respectu ad certas res, definitur, hinc qui juxta leges certi loci, minor, prodigus, major, nobilis

ſimilisve conditionis eſt, is ubique pro tali habetur, nam utut illa conditio ſæpe in actus alibi celebratos influat, attamen ipſa conditio in ſe ſpectata, plane abſoluta & perfecta eſt, hinc alibi quoque, non ex ſola comitate & humanitate, ſed arctiori legis naturalis vinculo, obſervari debet, ea tamen, quæ illi non inſunt, utut eam plerumque comitentur, aliorum arbitrio ſubſunt.

§. 27. Ex eo autem, quod *illæ qualitates ſint ἀναφαίρετοι, oſſibus quaſi inhærentes*, fruſtra rationem deſumſeris, ſed illa ratio leguleja ac invalida eſt, licet nec HUBER. *in poſit. ad ff. de LL. n. 30.* ab ea abſtineat. De cætero ſupponendum eſt, quod definientes liberum hic habuerint arbitrium, hinc ſi is nobilitatem conferat, cujus jus dubium, aut ille, qui ſui juris non erat, alibi eam impetret, obtenta nobilitas, propria vi, alibi non valebit, *vid.* KULPIS. *ad Monzamb. p. 2. c. 5. §. 27. p. 183.* STRYK *de diff. ſponſ. Sect. 5. §. 46.* conf. infra *l. 3. c. 3. §. 18.*

§. 28. Effectus autem is eſt, ut ille, cujus conditio legibus patriis definita eſt, alibi actus omnes poſſit celebrare aut non ſuſcipere, quos ejus conditionis homines peragere aut non peragere domi poſſunt, *vid.* RODENB. *d. tr. tit. 1. c. 3. tit. 2. c. 1.* hinc in ſpecie filiusfam. Friſius, qui juxta leges patrias teſtari nequit, nec in Hollandia, ubi id alias licere dicitur, valide teſtabitur, ut minus recte diſſentiat HUBER *in prælect. d. l. n. 13.* ideo quod *leges afficiant omnes eos, qui ſunt in aliquo territorio, nec civile ſit, ut Batavi de negotio apud ſe geſto, ſuis legibus neglectis, ſecundum alienas judicent*, nam, quare leges propriæ hic vim perdant, jam indicatum eſt, quia ſcilicet id, quod alii ſuo jure egerunt, ab aliis quoque ſervandum eſt. Sic maritus, qui eo loco habitat, ubi pro ſuis debitis, uxorem obligandi poteſtas ipſi non competit, nec eam obligare poterit, ſi illis in locis contrahat, ubi pro maritorum debitis uxores obligantur, *vid.* RODENB. *d. tr. tit. 3. c. 1.*

§. 29. Liceat adjicere exemplum actus illiciti: Commiſit quis certo in loco delictum, v. g. adulterium, alibi deprehenſus, vel poſt præviam oblationem, vel, quæ praxis Gentium eſt, ſtatim inquiſitioni ſubjicitur, quæritur, cujus loci leges, ſi diſſonent, obſervari debeant? ſine dubio leges loci, ubi delictum perpetratum, quodſi tamen in loco deprehenſionis leges ſint mitiores, juxta has delinquentem punire, nihil vetare videtur, *v.* OBSERV. LAUT. *Obſerv. 155. n. 2.*

§. 30. Quæ

§. 30. Quæ de valore actuum perfecte celebratorum diximus, illa vera esse etiam eo casu, quo agens domicilium mutat, ex exemplis allatis jam intelligitur. Aliud dicendum est, si actus vel ex futura voluntate pendeant, vel postea demum suscipiantur, nam tum ex legibus novi domicilii, eorum valor æstimandus erit, nulla enim apparet ratio, cur exteras leges propriis hic præferre debeamus, & nimis molestum foret, ideo alterius territorii, & cujus jam nihil amplius interest, leges, quoad novum subditum, in actibus futuris, sequi, quod hic illi aliquando fuerit subjectus. *vid.* §. 15. Exemplis rem iterum illustrabimus.

§. 31. Si quis, qui hactenus in sua civitate, post annum 21. major fuit habitus, in aliud territorium, ubi observatur definitio juris Romani, concedat, is deinceps ex legibus novi domicilii, minor erit, & vice versa, *vid.* RODENB. *d.tr.tit.* 2.*c.*1. licet enim, ceu diximus §. 26. definitio ætatis sit actus perfectus, hoc tamen saltem verum est, quamdiu durat primum domicilium, at, hoc mutato, ab illa definitione disceditur, nam uti hoc manifeste satis vult mutans, ita prioris Reipublicæ non amplius interest, qua conditione suus olim civis deinceps vivat. Aliquando tamen prior conditio, v. g. nobilitas, in novo domicilio toleratur, quamvis, & eam tolli posse, dubitandum non sit.

§. 32. Non minus etiam, mutato domicilio, mutatur jus succedendi ab intestato, in quantum hoc à domicilii legibus dependet, modo mutatio non fraudulenta, quod non facile asserendum, *vid.* RODENB. *d.tit.* 2.*c.*2. Testamenta etiam huc pertinent, circa hæc autem diversorum territoriorum leges discrepant, vel quoad *formam* seu *solennitates*, vel quoad *materiam* sive *substantiam*, ut nonnulli loquuntur.

§. 33. Priori respectu domicilii mutationem nihil operari, sed testamentum v. g. coram duobus testibus, in priori domicilio vel loco, valide conditum in novo etiam domicilio valere, licet hic longe major solennitas requiratur, post alios censet RODENB. *d. tit.* 2. *p.* 2. *c.* 3. quia *in actus cujusque solennitate spectandus sit locus, ubi is conficitur.* Enimvero hæc ratio aliquando quidem, sed non semper vera est, hinc hoc loco manifeste supponit illud, de quo quæritur, adeoque, cum illa, vulgaris sententia rejicienda est.

§. 34. Nimirum tria vulgo non ſatis diſtingvunt. Si (1.) teſtamentum in aliquo loco, de rebus iſti loco ſubjectis, rite conditum, ac morte teſtatoris confirmatum ſit, tum, illud ubique valere debere, ex iis, quæ antea diſputavimus, ſatis apparet, ſi autem (2.) de rebus alibi ſitis conditum, morte tamen teſtatoris itidem confirmatum ſit, tum ex humanitate ab aliis illud obſervari ſolet, de quo poſtea videbimus. At ſi (3.) teſtator adhuc vivat, tum falſum penitus eſt, quod teſtamentum ita validum ſit, ut mutatio domicilii ei non noceat, cum enim illud nondum abſolute perfectum ſit, ſed à voluntate teſtatoris, quovis momento mutabili dependeat, ipſomet RODENBURGIO *d. tit. 2. c. 4. n. 1. tit. 4. c. 2. n. 3.* id agnoſcente, adeoque in effectu actus futurus ſit, qua veri ſpecie, ab actu futuro, autoritatem legum novi domicilii removebimus? *v. §. 15.*

§. 35. Non valebit igitur teſtamentum, ſi à ſolennitatibus novi domicilii abeat. Idem dicendum, ſi quoad materiam leges illæ disſentiant, quod vulgo etiam concedunt. Teſtamentum itaque extra Saxoniam conditum, corruit quoad Geradam, ſi teſtatrix, mutato domicilio, in Saxoniam concedat ibique moriatur, ceu judicatum apud CARPZOV. *p. 2. C. 14. D. 3.* Alia exempla refert RODENB. *d. tit. 2. c. 4.* qui tamen, dum, in exemplo teſtamenti, cauſam invaliditatis, ab incapacitate hæredis repetit, rationem nullam reddit, ſed potius id, de quó quæritur, ſupponit.

§. 36. Aliquando tamen actus, etiam poſt mutatum domicilium, ex legibus domicilii prioris æſtimabitur, ſi ſcilicet legibus novi domicilii, voluntate privatorum obrogari queat. Sic ſi in aliquo loco, communio inter conjuges obtineat, illa perdurabit, ſi in locum, ubi communio ignoratur, hi concedant, modo lex prohibitoria non obſtet. Vice verſa, ſi ex loco, in quo conjugale bonorum conſortium haud frequentabatur, in alium locum, ubi id in uſu eſt, commigrent, non tamen ſtatim inter eos obtinebit, ſi ſcilicet, non ex lege, ſed conventionibus dependeat, *vid.* RODENB. *d. t. 2. c. 4. n. 3.*

§. 37. Supereſt *caſus* & *regula tertia.* Ex hujus præſcripto *leges certi loci, in aliena Territoria regulariter non valent, v. §. 11.* Circa quod caput, id etiam obſervandum, ineptam eſſe gratificationem, qua, cum inſigni noſtro incommodo, exteris legibus valorem apud

nos

nos tribuimus, si nulla omnino gratificandi causa subsit. Exemplum est in servitute Romana: Capti, ex lege hostium civili, fiebant servi, quam sanctionem in sua quoque civitate admittebant Romani, sed absurdæ gratificationis mox eos pœnituit, hinc legem hostilem, insulsis L. Corneliæ & juris postliminii fictionibus, maximam partem iterum eluserunt, quarum ineptiarum hodie nullum esse usum, arbitror, *vid.* DISSERT. *de fiction. §. 9. seqq.* OBSERV. LAUT. *Obs. 849. 1443.*

§. 38. Sed transeamus ad exempla utilia, in quibus valor legum, in aliis Territoriis aliquando admittitur, aliquando negatur, prout causæ gratificandi vel adsunt, vel deficiunt. Testamentum, juxta solennitates certi alicujus loci, conditum, testatore mortuo, *v. §. 34. n. 2.* valet ubique, tam quoad bona mobilia, quam immobilia, modo testator liberam de his omnibus habuerit disponendi facultatem, *vid.* HUBER. *prælect. d. l. n. 4. 5.* RODENB. *d. tr. tit. 2. c. 3.*

§. 39. Ratio valoris, ab ultronea aliarum gentium admissione, dependet, causæ vero, quæ ad hanc comitatem, alias gentes permoveant, hæ sunt: (1.) Solennitates testamentorum ideo saltem requiruntur, quo appareat, omnia sincere & sine fraude esse peracta, quando igitur modus aliquis, certo alicui populo, qui prudentiæ civilis opinionem utique pro se habet, probatur, eum aliæ gentes merito admittunt, maxime cum (2.) harum nullum [illegible]it præjudicium, nec (3.) facile sit testatori, juxta solennitates variorum locorum, in quibus bona sita sunt, testamentum ordinare. Rationes, quæ ex legibus civilibus v. g. *l. 6. ff. de evict. l. 3. in fin. ff. de testib. l. 2. C. quem. testam. aper. l. 9 in fin. C. de testam.* desumuntur, *vid.* VINN. *Select. qu. l. 2. c. 19.* nihil probant.

§. 40. Aliter se res habet quoad testamentorum materiam, circa hanc statuta extranea, non perinde alibi vim habere solent, *v.* HUBER. *d. l. n. 15.* hinc si maritus uxorem ex asse hæredem scribat, hoc testamentum non valebit quoad bona, in iis regionibus sita, in quibus omnis inter conjuges gratificatio est inhibita, *vid.* RODENB. *d. tr. tit. 2. c. 5. n. 1-6.* nam cum hujusmodi leges, utilitati Territoriorum sint attemperatæ, per admissionem legum extranearum turbari non debent. Quodsi etiam Reipublicæ exteræ non intersit, suas leges alibi admitti, admissio recte negabitur: contrariæ vero rationes contrarium solent habere effectum.

§. 41. Adjiciemus rei illustrandæ alia exempla: Testamentum de rebus immobilibus alibi sitis, conditum, non valebit, si facultas testandi in ea regione sit ademta. Idem est, si homo quatuordecim annorum testetur, nam hæc voluntas haud habebit effectum quoad immobilia, in ea regione sita, ubi major ætas ad testandum requiritur, RODENB. *d.c.5.n.3.7.7.* Nec obstat ultimo exemplo, quod definitionem ætatis, ubique valere dixerimus §. 26. nam nec hic eadem turbatur, sed facultas testandi, quæ pubertati necessario non est innexa, saltem alicui adimitur, quod fieri posse, exemplo Majorennium intelligitur, qui in diversis regionibus, non eâdem quoad res suas potestate gaudere solent, utut majores ubique habeantur.

§. 42. Juxta leges Hollandorum, inter conjuges bonorum est communio, hanc etiam ad bona in Frisia sita extendi, licet in hac quæstuum saltem & damni sit societas, existimat HUBER. *in prælect. d.l.n. 9.10.* Sed quantis illa res involuta sit interpretum disceptationibus, liquet ex traditis RODENB. *d.t.2.c.5.n.12.13.14.* Ego tamen, si lex prohibitiva non obstet, sententiam allatam, probabilem puto. cum enim Frisiæ non intersit, utrum in bonis ibi sitis, domini dominium separatum, an commune habere velint, hinc exteras leges, sine præjudicio, admittere illa poterit. Ob eandem rationem, in casu converso, ubi scilicet in loco domicilii, commu[illegible] ignoratur, bona alibi sita non communicantur, *vid.* RODENB. *d.c.5.n.15. tit.2.p.2.c.4.n.5.*

§. 43. Circa res mobiles, legum extranearum autoritas admitti solet, est enim tritum interpretum statutariorum dicterium: *res mobiles regi legibus domicilii, ubicunque illæ sint sitæ,* cujus tamen non ea ratio est, quod *res mobiles in loco domicilii existere censeantur, vid.* RODENB. *d.tr. tit. 1. c. 2. in fin.* nam hæc mera fictio est, quam liberis gentibus frustra opposueris; sed quod *aliæ civitates, ex comitate, leges exteras admittant,* ad hanc vero, conditio rerum, ipsas permovet, cum enim res mobiles à domino, ad locum domicilii, revocari queant, nec stabilem alibi habeant sedem, hinc facile ab iis, penes quos illæ existunt, admitti potuit, ut domicilii leges, circa eas observentur.

§. 44. Neque tamen hoc adeo perpetuum est, ut non aliquando leges domicilii, vim suam alibi perdant: Hypotheca conventionalis

nalis antiquior in re mobili, dat prærogativam in Frisia, etiam contra tertium possessorem, sed non apud Batavos; agit aliquis ex tali hypotheca, in Hollandia adversus tertium possessorem; non audietur, quia jus illi tertio, juxta leges rei sitæ, quæsitum, per leges alieni territorii non debet auferri, *vid.* HUBER. *d. l. n. 11.* RODENB. *d. tr. tit. 2. c. 5. n. 16. p. 92. in fin.*

§. 45. Prærogativa Creditorum concurrentium, ex legibus domicilii debitoris, quoad bona mobilia, æstimatur, adeoque illarum valor alibi quoque admittitur, *vid.* CARPZ. *p. 2. C. 28. D. 9.* nec tamen perpetuo, ceu ex §. præcedente intelligitur; Hypotheca vero, juxta certi alicujus loci leges, generaliter constituta, ad bona immobilia alibi sita, non extenditur, *vid.* RODENB. *d. c. 5. n. 16. 17.* cum enim tam interesse publicum, quam aliorum jus hic intercedere queat, non consultum fuerit, intempestiva gratificatione, querelis & confusioni ansam præbere.

§. 46. In successionibus ab intestato, mobilia ubicunque sita, reguntur legibus domicilii defuncti, atque ita harum autoritas alibi etiam admittitur, ob rationem §. 43. exhibitam. Aliter se res habet in immobilibus, nam circa hæc successio judicatur secundum leges loci, in quo illa existunt, cum enim hæc immotam habeant sedem, & defunctus succedendi ordinem arbitrio legum reliquerit, nulla sane apparet ratio, cur leges extraneæ propriis sint præferendæ, *v.* RODENB. *d. tr. tit. 2. c. 2.* Nomina non indistincte, jure mobilium erunt censenda, sed, pro diversitate objecti, mobilibus & immobilibus annumerabuntur.

§. 47. Contractus, juxta solennitates certi alicujus loci, celebratus, valebit etiam in iis locis, ubi bona sunt sita, licet in his alia solennitas desideretur, modo contrahentes liberam contrahendi habuerint facultatem, nam obtinent hic ea, quæ §. 38. 39. proposui. Quodsi vero statuta circa materiam contractus dissentiant, tum, quoad mobilia alibi sita, prævalebunt leges domicilii vel contractus celebrati, ob rationem §. 43. datam, sed quoad immobilia, leges rei sitæ erunt potiores, juxta §. 40. tradita.

§. 48. Debitor obæratus, relictis fortunis, solum vertit, & in loco domicilii processus instituitur, an Curator bonorum, etiam res alibi sitas,

sitas, venum proscribere poterit? dicendum hoc videtur, *continentia* tamen *causæ, quæ, apud eundem judicem, super universis debitoris facultatibus, creditorum contentionem peragi ac decidi* postulet, *vid.* RODENB. *d. tr. tit. 2. c. 5. n. 16. p. 91.* invalide liberis gentibus opponitur, hinc ab *ultronea admissione*, rei hujus ratio quoque desumi debet, ad istam tamen comitatem, Gentes laudata illa continentia permoveri, recte dicitur.

§. 49. Sed quid dicendum, si is, qui ex suo loco, juxta hujus solennitates, in res alieni territorii egit, in hoc se conferat, ibique domicilium vel de novo constituat, vel, quod jam ante habuit, continuet, num & tum actus valebit? Interesse puto, utrum *actus perfecte sit celebratus*, an ex *futura voluntate adhuc pendeat*, illo casu valebit, hoc, non, per ea quæ dixi *§. 30. 33. 34.* nam illa etiam huc applicari possunt.

§. 50. Ex quibus in specie sequens casus facile deciditur: Frisius proficiscitur in Hollandiam, ibique facit testamentum, more loci, contra jus Frisicum, redit in Frisiam ibique diem obit, valetne testamentum? valebit ex sententia HUBERI *in prælect. ad ff. l. 1. tit. 3. n. 4.* quia *dum fuit in Hollandia, licet ad tempus, jure loci tenebatur, actusque ab initio validus, ubique valere debet.* Sed eum falli, ac testamentum illud, esse invalidum, ob rationes antea datas, plane arbitror.

§. 51. Hactenus disquisivimus, quousque actus, juxta leges alicujus loci, valide celebratus, quoad bona alibi sita, valeat aut non valeat. Sed nunc ex converso quæri potest, an actus, certo in loco invalide gestus, quoad bona alibi sita, valeat, si solennitates cæteraque, quæ locus sitûs requirit, observata sint? affirmare id non dubito, nulla enim, legibus exteris gratificandi, hic subest causa, & quid interest exteræ Reipublicæ, si is, qui apud eam, morali æstimatione, nihil egit, alibi valide egisse dicatur? cum igitur, juxta regulam nostram tertiam, in dubio legibus extraneis valor sit abjudicandus, ideo, actum, in casu præsenti, valere, dicendum est.

§. 52. Contractus igitur, de rebus, etiam mobilibus, alibi sitis, initus eo loco, ubi de iis contrahere licitum non erat, in loco rerum sitarum valebit, si in hoc nulla occurrat prohibitio, nam illius Reipublicæ non interest, quid hæc de rebus suo imperio subjectis, statuat.

Quodsi

Quodsi tamen contrahentes, merces prohibitas, in locum contractus, transferant, huic quoque integrum erit suo jure uti, & contractum rescindere.

§. 53. Aliud exemplum. Frisius vel Batavus, in Frisia facit testamentum, coram Notario cum duobus testibus, de rebus in Hollandiâ sitis. Profertur illud in Hollandia, ibique bona sita petuntur, non fiet adjudicatio, quia testamentum inde ab initio fuit nullum, utpote factum contra jus loci, judice HUBERO *d. l. n. 4.* Geminum est, quod profert IDEM *n. 14.* Frisius 17. annos natus, ac domi testamenti factionem habens, Groningæ, quo, discendæ pharmaceuticæ causa, se contulerat, testatur, ubi illius ætatis hominibus testari non licet, testamentum nec in Frisia valebit. Verum uti fatetur HUBERUS in ultimo exemplo, quod judicum suffragia minime consenserint, ita in utroque testamentum validum dicendum esse existimo, *add.* RODENB. *d. tr. tit. 2. c. 3. n. 2.*

§. 54. Apud Ultrajectinos donatio Conjugum est invalida, valebit tamen illa quoad res in Hollandia sitas, ubi donatio non prohibetur, RODENB. *d. tit. 2. c. 5. n. 2. 5.* Geldro, juxta consvetudinem Patriæ, non licet testari de rebus allodialibus, de bonis tamen, extra Geldriæ limites, constitutis, testamentum condere, ei integrum erit, ID. *d. l. n. 4.* Si maritus statuto prohibeatur immobilia, citra uxoris consensum, alienare, alienatio tamen, posita inter conjuges communione, quoad prædia extera, erit valida, ID. *d. l. n 9. 10.*

§. 55. Formabimus adhuc aliud exemplum ex iis, quæ RODENBURG *tit. 4. c. 1 n. 8.* alio fine affert. Per mores Hollandorum absque Viro auctore, mulier se obligare nequit, adeo ut ne quidem, à morte Viri, illa teneatur: Per leges vero Ultrajectinorum, jus Creditori non redditur constante matrimonio, acturo tamen efficaciter in mulierem, eo dissoluto. Fac uxorem Hollandam, in Hollandia, de rebus Ultrajectinis, contraxisse, an post mortem mariti, in loco rei sitæ, efficaciter illa conveniri poterit? sic dicendum putamus, & differt hic casus ab eo, quem §. 25. retulimus.

§. 56. Summa igitur hactenus dictorum hæc est: si in aliquo loco, civis vel forensis aliquid gerat, tum si illi loco, & agentium arbitrio, omnia subsint, leges loci observari debent; Id porro, quod se-

P cun-

cundum leges illas valide aut invalide gestum est, vel inde amplius dependet, valet aut non valet ubique; Quodsi vero civis vel forensis ex loco suo, in res alibi sitas, agat, tum, harum respectu, leges loci non valent, nisi in quantum, ex comitate, exteri valorem admiserint.

§. 57. Ex partitione, quam hactenus secuti sumus, hoc etiam apparet, non opus esse, ut de *casu mutati domicilii* seorsim agamus, de quo sollicitus est RODENBURG. *d. tr. tit.* 2. *part.* 2. Nam in iis, quæ quis in suo domicilio, de rebus huic subjectis, suscipit, domicilii leges sunt observandæ; Porro quæ juxta hujus leges, valide aut invalide sunt peracta, illa valent aut non valent ubique, adeoque etiam in novo domicilio, in futuris vero, ex legibus novi domicilii pendet; Si autem vel in antiquo domicilio olim egerit, aut in novo agat in res alibi sitas, tum legum neutrius domicilii erit aliqua autoritas, nisi in quantum exteri ex comitate eam admiserint.

§. 58. Non minus etiam liquet, de pactis, quibus statutorum jurisque hinc dependentis diversitati, obviam eatur, non esse seorsim agendum, licet de eo etiam satagat RODENB. *d. tr. tit.* 3. 4. nam in genere leges sunt vel *obligantes* vel *permittentes*, contra illas nihil operari poterunt pacta privata, harum verum effectum temperare & mutare conventionibus licebit, quæ omnia, juxta tres respectus antea memoratos, casibus obvenientibus, applicari debent, ac in præcedentibus, pro instituti ratione applicata sunt.

§. 59. Hactenus dicta pertinent ad leges diversorum Territoriorum; sed non raro, in eodem Territorio, diversa statuta localia occurrunt, quæri ergo poterit, num ad hæc etiam doctrina proposita applicari queat? Dicendum hoc puto, rationes tamen factæ decisionis non præcise ex jure Gentium, ut hactenus factum, deduci debent, sed ex voluntate Legislatoris, ex qua statutorum localium valor ultimato dependet, compendiosius repeti possunt.

§. 60. Dubitandum igitur non est, quin in iis, quæ municipio subsunt, leges municipales, etiam à non municipibus, sint observandæ, hoc enim vult Legislator. Porro quæ juxta leges municipales, de re, iis subjecta, valide aut invalide gesta sunt, valebunt aut non valebunt in toto Territorio, nam hoc non tantum regulæ æquitatis antea inculcatæ exigunt, sed & Legislator omnibus suis subditis impe-

rat.

rat. Denique si ex municipio aliquo, in res alibi sitas, agatur, legum municipalium nulla erit autoritas, nisi in quantum hoc Legislator voluerit, quæ voluntas, ex circumstantiis antea memoratis, probabiliter quoque colligitur.

CAPUT XI.

DE REBUS MORALIBUS SIVE INCORPORALIBUS.

SUMMARIA.

§. 1.



Satis ita persecuti sumus, indolem & varietatem Legum, intuitu Germaniæ. Dispiciendum nunc est, de earum *effectu*, sive *rebus moralibus* aut *incorporalibus*, *v. c. 3. §.* 20. quæ disquisitio eo magis necessaria est, quo minus illa vulgo vel loco proprio institui, vel, in usum Jurisprudentiæ & vitæ civilis, adæquate satis peragi, imo quo magis illa negligi, distrahi, variisque erroribus, per universam Juris artem, male diffusis, corrumpi solet.

§. 2. Res incorporales, ex doctrina Romanorum, sunt, *quæ tangi non possunt & in jure consistunt*, *§. un. I. de reb. corpor. l. 1. §. 1. de divis. rer.* sed hac definitione non multum profeceris, nam negativa & obscura illa est, hinc etiam interpretes miros sibi hic formant conceptus, dum res incorporales, *natura esse & extra considerationem juris subsistere* arbitrantur, ne scilicet, si secus sentiant, *ideæ Platonicæ* & *entia rationis*, illæ evadant, *v.* VINN. *in not. & comment. ad d. §. un. I. de reb. corpor.* imo nonnullos præjudicia adeo transversos agunt, ut, distinctionem, in res corporales & incorporales, hodie nullius usus esse, contendant, ceu de Hotomanno & Voetio testatur HUBER. *in posit. ad I. de reb. corpor. & incorpor. n. fin.*

§. 3. Sicut autem doctrina nullius est momenti, ita ex ordine falsos conceptus etiam colligere licet; Nam de rebus incorporalibus agunt, quando divisiones rerum corporalium persequuntur, vel etiam eas tradunt, quando de acquirendo rerum dominio sunt solliciti, vel in media Jurisprudentia, aut sub ejus finem, explicationem obligationis moliuntur. Quasi scilicet res incorporales, cum corporalibus, eadem classe censendæ, & perinde ac hæ, objectum dominii essent, vel etiam in certa aliqua Jurisprudentiæ parte tantum occurrerent, cum tamen sint objectum Jurisprudentiæ formale, ac cum rebus corporalibus, velut objecto materiali semper concurrant, & per universam Juris disciplinam sint diffusæ, adeoque earum indoles sub initium statim, seu, in parte Jurisprudentiæ præliminari, explicanda sit.

§. 4. Mittamus ergo ista! Res morales ita dicuntur à *moribus* i. e. externis actionibus humanis, quas formare & dirigere debent, hinc etiam illa denominatio, nomine rerum incorporalium, concin-

nior

nior eſt. De cætero univerſus earum conceptus, in *Jus* & *Obligationem* reſolvitur; Jus eſt *facultas moralis licite & ſecure aliquid habendi, agendi, vel ab aliis poſtulandi.* Obligatio eſt *vinculum legis, homines ad agendum & patiendum obſtringens.*

§. 5. Jus & Obligatio regulariter, ut correlata, concurrunt, hinc eorum varietas etiam, ex parte, conjunctim explicari poteſt. Obligatio igitur (de jure idem intelligendum) ratione (*1.*) *originis*, eſt vel *divina*, quæ à legibus divinis, vel *humana*, quæ ab humanis dependet. Hæc apud Romanos eſt iterum vel *civilis*, vel *prætoria*, *§. 1. I. de Oblig.* ſæpe tamen lex civilis & Prætor, non tam novas obligationes introduxit, quam naturales potius aſſeruit & confirmavit.

§. 6. Deinde (2.) ratione *exiſtentiæ*, obligatio eſt vel *connata*, quæ ſine ſpeciali facto, ad hoc directo, exiſtit, *v. l. 3. §. 14. ad exhib. l. 7. C. eod.* vel *adventitia*, quæ ex lege humana, vel facto ſpeciali oritur, *v. l. 52. de O. & A.* (3.) ratione *efficaciæ*, eſt vel *perfecta*, ad cujus impletionem quis cogi poteſt, vel *imperfecta*, quam coactio non ſequitur.

§. 7. Prior dici ſolet *mixta*, vel etiam *civilis*, *l. 7. §. 2. de pact.* poſterior vero eſt, vel *mere civilis*, quæ ſummo ſtrictoque jure, ſed non juxta æquitatem, obtinet, ac hodie eſt inane nomen, *vid.* OBSERV. LAUTERB. *Obſerv. 1141.* vel *naturalis*, quæ iterum eſt vel *minus plena*, cujus executio cujusvis pudori relinquitur, quæque nullum effectum externum, contra invitum, habet, *v. l. 25. §. 11. de hæred. pet. l. 54. §. 1. de furt.* vel *plena*, ob quam non quidem actio in foro conceditur, quam tamen alii effectus, ut retentio, *l. 64. de condict. indeb.* compenſatio, *l. 6. de compenſ.* ſequuntur.

§. 8. Hodie obligatio naturalis plena, rarior eſt, vel potius plane ceſſat, nam ſolenne exemplum obligationis, ex pacto nudo deſcendentis, non occurrit, obligatio vero filiifam. quæ ex mutuo aſſeritur, vel etiam pupilli ſine tutore contrahentis, vix congruum exhibet exemplum, cum revera nulla obligatio adſit; Idem dicendum de obligatione fidejuſſoris, ſolidum, vel ante debitorem principalem, ſolventis, nam illa obligatio non naturalis, ſed mixta eſt: Et in univerſum leges civiles noſtrates ita agere ſolent, ut vel ortum obligationis naturalis plane impediant, vel earum executionem conſcientiæ cujusvis relinquant, vel eas, ad effectum agendi, confirment.

§. 9. Cum igitur obligatio mere civilis non occurrat, obligatio naturalis plena, vel itidem non detur, vel perfecta, five mixta & civilis, sit, ideo, juxta usum hodiernum, divisio tertia, sic explicanda est: obligatio est vel *perfecta*, juxta definitionem *§. 6.* & talis regulariter quævis dicenda, donec probetur exceptio, vel *imperfecta*, cujus executio pudori & conscientiæ cujusvis relinquitur.

§. 10. Existit autem illa, vel ob conditionem *objecti*, quando scilicet indoles societatis civilis, aliquam præstationem præcise non exigit, cujus generis sunt officia humanitatis, beneficii & gratitudinis, vel *subjecti*, quando is, qui obligatus est, nulli imperio & coactioni subest, hinc obligationes Summorum Imperantium sunt imperfectæ quoad subditos qua tales, nam si hi justa defensione aliquando contra illos insurgant, eosque ad explendam obligationem adigant, tum non pro subditis, sed populo libero, haberi debent.

§. 11. Porro (4.) ratione *durationis*, obligatio est vel *perpetua*, quæ semper obtinet, vel *temporalis*, quæ ad tempus durat; Connata, regulariter perpetua est, adventitia vero, temporalis (5.) *objecti*, est obligatio *dandi*, quæ rei præstationem, & *faciendi*, quæ facti cujusdam exhibitionem exigit, *v. l. 14. 72. 75. §. fin. l. 76. 84. 112. de V. O.*

§. 12. Hactenus varietatem jurium & obligationum conjunctim declaravimus, sed debent illa etiam separatim considerari. Jura vulgo solent distingvi in *jura personarum*, quæ intuitu societatis civilis, sine rerum certarum consideratione, hominibus competunt, & *rerum*, quæ de rebus, ipsis tribuuntur. Sed ista divisione non multum forte profeceris, nam primum ejus membrum, nimis videtur generale, præterea incongrua quoque ejus est denominatio, nam omnia jura, etiam rerum, personis competunt, adeoque jura personarum dici possunt, ut ista appellatio, certis juribus tributa, nec ratione niti, nec evidens esse videatur.

§. 13. Interim fateor, non satis expeditum esse, quomodo tot varia jura, ad summa genera revocari queant: Forte sex jura generalia, ad quæ cætera omnia redigere liceat, constitui possunt. *Humanitas*, propter quam officia charitatis ab aliis petimus, *Inviolabilitas*, quæ securitatem ratione vitæ & corporis, pollicetur, *Libertas*, vi cujus actiones nostras, pro lubitu, suspicimus. *Existimatio*, ob quam aliis æqua-

æquales, vel inferiores aut superiores ſumus; *Imperium*, vi cujus aliorum actiones dirigimus, quodque aliorum ſubjectio ac conditio civilis ſequitur, ac tandem *Jus rerum*, quod in rebus, ad exigendam hanc vitam neceſſariis ac utilibus, competit.

§. 14. De hoc vulgo ſolliciti ſunt, mihi ita dicendum videtur: Eſt vel *Indeterminatum*, ob quod *quis aptus eſt, ad res cum juribus ſuis acquirendas.* Dicitur uno nomine *Commercium*, vel, ſi mavis, *jus commercii*, quod in quovis merito tamdiu præſumitur, donec reſtrictio probetur; Vel *Determinatum*, quod *certas res reſpicit*, hoc communiter ſaltem reſpiciunt, adeoque id in ſpecie jus rerum dicitur.

§. 15. Ab *effectu*, jus rerum diſtingvitur in *reale*, quod eſt *jus, quo aliqua res corporalis, ſine reſpectu ad certam perſonam, noſtra eſt*, & *perſonale*, quod eſt *jus, ob quod res vel factum, à certa perſona debetur.* Illud habet effectum contra omnes poſſeſſores, hoc ſaltem contra certam aliquam perſonam, & regulariter ejus hæredes: Illud etiam *jus in re*, hoc *ad rem* dicitur: Si jus reale & perſonale, diverſis perſonis competens, contra eundem concurrat, illud præfertur.

§. 16. Illud obſervandum, diverſum illum effectum, non eſſe proprium juri rerum, cujus intuitu ille vulgo ſaltem inculcari ſolet, ſed potius omnibus aliis juribus communem, nam omnia jùra, uti ratione ejus, cui competunt, involvunt facultatem licite quid agendi vel habendi, ita, ſi ad alios referantur, vel contra omnes, vel contra quosdam ſaltem habent effectum, adeoque neceſſario vel realia, vel perſonalia ſunt, tertium enim non datur.

§. 17. Quo igitur penitius conſtet, quænam jura, pro perſonalibus aut realibus, haberi debeant, *objectum* eorum probe conſiderandum erit, nam ſi reſpiciant tale objectum, quod à perſona obligata abire nequit, quale eſt *nudæ actionis exhibitio vel omiſſio*, aut etiam *quantitatis generisve præſtatio*, tum quia de effectu erga tertium, quoad hoc quidem objectum, quæri nequit, ſatis eſt, ſi illa jura dicamus *perſonalia:* ſi vero tale concernant objectum, quod penes plures eſſe poteſt, quale eſt *certa quædam res* vel *ſpecies*, aut etiam *rerum univerſitas*, tum, pro diverſa agentium & legis intentione, jura illa modo *realia*, modo *perſonalia* erunt.

§. 18. De

§. 18. De ſpeciebus, juris perſonalis, nulla vel quæſtio vel controverſia occurrit, *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obſerv.33.* ſed de ſpeciebus juris realis, magna eſt, inter interpretes, concertatio. Communiter quinque ſpecies, *dominium*, *pignus*, *ſervitus*, *jus hæreditarium* & *jus poſſeſſionis* adſtruuntur, quam ſententiam pluribus etiam defendi in OBSERV. LAUTERB. *Obſerv. 32.* Verum illa ſaltem procedunt, quatenus jus reale, unice ad jus rerum refertur, ſed quia §. *16. 17.* oſtendi, quod hæc qualitas, ad alia etiam jura pertineat, hinc ſpecies juris realis, numero illo quinario, abrupte nimis conſtringere non licebit. Inprimis ergo jura, quæ ex imperio deſcendunt, ac privatis, ad inſtar aliorum jurium, concedi ſolent, ut Jurisdictio, jus patronatus ſimiliaque, in iſtam claſſem etiam referri debent, id quod vulgo quoque agnoſcunt, dum illa ſervitutibus fere annumerant.

§. 19. Præterea obſervandum, quod jura & obligationes adventitiæ, vel juxta conſvetas in vita civili regulas acquirantur, vel præter eas, ex certa cauſa, ſingulari ratione, concedantur aut imponantur, illa dicuntur *ordinaria*, hæc, *extraordinaria* ſeu *privilegia.* Vulgo quidem hæc ad leges referunt, ſed ſunt potius illa legum effectus, nec opus eſt, ut eadem cum STRAUCHIO *diſſert. 1. §. 8.* à *jure ſingulari* diſtingvamus.

§. 20. De cætero à *fine* diſtingvuntur in *favorabilia* & *odioſa*, à *ſubjecto* in *perſonalia*, quæ perſonis, & *realia*, quæ rebus, aut potius perſonis intuitu rerum, conceduntur. Dat eadem Imperans ob juſtas cauſas, & durant illa tamdiu, quamdiu voluntas concedentis & acquirentis durat, qua de re Scriptores proprii amplius conſulendi, *add.* LAUTERB. *Comp. Jur. de conſtit. Princip.* Privilegiatus contra æque privilegiatum, non utitur jure ſuo, *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obſ. 17. 18.* ſæpe in privilegiis vel impetrandis, vel concedendis, conſcientiæ nulla habetur ratio.

§. 21. Hactenus de varietate jurium. Obligationum quidem etiam magna eſt varietas, ſed plerumque nihilominus illæ nomen generis ſui retinent, nonnunquam tamen ſpeciale, ut ſubjectionis, Vaſallagii & ſimile, aſſumunt. In genere obſervandum, quod obligationes ſunt vel *generales*, quæ omnes afficiunt, ac cum aliis, tum præcipue juribus realibus, reſpondent, vel *ſpeciales*, quæ jurium perſona-

ſonalium, ex contractibus & delictis ſpecialibus reſultantium, ſunt correlata. *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obſerv.* 33.

§. 22. Obligationes dependent ex *lege obligante*, jura vero ex *permittente*, qui effectus poſterior cauſæ ſuæ veritatem, à multis fruſtra negatam, ſatis oſtendit. De cætero res morales, ſine lege, non dari, apud earum peritos in confeſſo eſt, ac in Jurisprudentia Univerſali latius doceri ſolet; Quando igitur juris Romani interpretes, *contractum per ſe & ſua natura obligationem efficacem producere*, docent, id, niſi recte explicetur, falſum eſt. Producunt autem leges, jura & obligationes vel immediate, vel mediate, occaſione facti humani præcedentis.

§. 23. Tribuuntur res morales *hominibus* natis, &, ſuo modo, naſcituris, maſculis & fœminis, minoribus & majoribus, perſonis ſingularibus & compoſitis. Quodſi autem uſus rationis vel penitus vel certo modo in quibusdam deficiat, vel aliam ob cauſam rebus ſuis quidam præeſſe nequeant, tum vicariâ aliorum operâ, illi jura ſua ſuſtinent & exercent. De obligationibus dicere ſolent, quod earum *ſubjectum ſint creditores & debitores*, quæ doctrina redolet præjudicium ex jure Romano hauſtum, quo obligatio tantum ad jus ad rem pertinere exiſtimatur. *v.* OBSERV. LAUTERB *Obſerv.* 1138.

§. 24. *Bruta* rerum moralium non ſunt capacia, cum enim legis directionem non admittant, nec jura & obligationes, ex legibus venientes, recipere poſſunt. Multo minus igitur *res inanimatæ*, rerum moralium poſſunt eſſe ſubjectum, quamvis vulgo, magno conſenſu, jura nonnulla, ut privilegia & ſervitutes, rebus inhærere, doceant, nam non rebus, ſed potius perſonis intuitu rerum, jura illa competunt, quæ, per loquendi compendium, rebus ipſis deinde adſcribuntur. Quodſi alio ſenſu vulgaris doctrina accipiatur, falſa utique eſt, de cætero uſum præſentis obſervationis, in materia potiſſimum ſervitutum, conſpicere licet.

§. 25. Cum autem homines non ſint immortales, & tamen utilitati generis humani minime conveniat, ut cum perſonis jura & obligationes moriantur, ideo, de horum in hæredes transmiſſione, non infrequens eſt quæſtio. Tractant eam interpretes ad titulum *de Obligat. & action.* dum de transmiſſione actionum, tam activa quam

Q pas-

passiva, seu quoad hæredes Actoris & Rei, sunt solliciti. *v.* LAUTERB. *Com. Jur. de O. & A.*

§. 26. Enimvero nec ordo, nec tractandi ratio probari potest, cum enim illa transmissio, per universam juris disciplinam, se diffundat, doctrina, ejus generalis, non ad finem disciplinæ rejicienda, sed sub ejus initium potius proponenda est, præterea longe facilius solidiusque res intelligitur, si non de transmissione actionum, sed jurium & obligationum disquiramus, nec enim eadem terminorum utrinque est evidentia.

§. 27. Rem ipsam quod attinet, non quæritur de transmissione jurium & obligationum *communium*, quæ ad omnes pertinent, nam non opus est, ut jus aut obligationem transmissam asseramus, ubi quis jus illud jam habet, aut eadem obligatione obstringitur; hinc frustraneum est quærere, an v. g. obligatio, qua defunctus à læsione aliorum abstinere debebat, vel jus, quo idem officium ab aliis postulare poterat, in hæredem transeat.

§. 28. De transitione igitur jurium & obligationum *propriarum*, qualia quidem, saltem adventitia esse videntur, quæstio est. De *juribus* hæc obtinet regula: *Jura regulariter in hæredes transeunt*, nam hoc communi mortalium affectui congruit; Nihil igitur refert, sive jura sint realia sive personalia, ex conventione vel delicto, *l. 1. §. 1. de priv. del.* quæsita. Quodsi autem jura certam personam respiciant, tum transmissio cessat. Ex hoc genere non tantum est ususfructus, & jus ex injuria ortum, quæ vulgo adduci solent, *v.* LAUTERB. *C. J. de O. & A. n. 11.* sed & plerumque, existimatio & imperium; aliquando etiam præter regulam, arbitrio Legislatoris vel paciscentium, jus alias transmissibile, ad certam personam restringitur.

§. 29. Circa *obligationes* id repetendum, quod modo diximus, nempe non quæri de *communibus* vel *generalibus*, hinc recte vulgo dicunt, quod *actiones reales & in rem scriptæ, in Rei hæredes, non transeant, sed hi, non qua hæredes, sed qua possessores*, i. e. non ex obligatione transmissa, sed propria, *conveniantur*, *v.* LAUTERB. *C. J. de O. & A.* Quod vero *proprias*, vel *speciales* attinet, descendunt illæ vel ex conventione, vel delicto.

§. 30. De

§. 30. De prioribus hæc tenenda regula: *Obligationes ex contractibus descendentes, in hæredes, si aliud non actum, transeunt*, cum enim illæ intuitu rerum constituantur, merito seqvuntur eum, qui res accipit. Agnoscunt istam æquitatem Romani eamque etiam eo casu recte admittunt, quo nulla hæredum mentio facta, *v. l. 38. de V. O.* aut dolus defuncti intervenit, *l. 12. 49. de O. & A. l. 7. §. 1. depos. l. 157. §. 2. de R. J.* modo obligatio ad *damnum resarciendum*, non *pœnam tendat*, *§. 1. I. de perpet. & tempor.* in qua adeo doctrina nihil merito desideres.

§. 31. De posteribus, juxta æquitatem, ita dicendum arbitramur: *Obligationes ex delictis venientes, quatenus damni restitutionem exigunt, in hæredes* transire debent, *quatenus pœnam pecuniariam*, possunt, *si ita lex civilis velit, quatenus pœnam corporis afflictivam*, non debent, *vid.* OBSERV. LAUTERB. *Observ. 1146.* Rationes sunt manifestæ; damnum ex bonis suis debebat delinquens resarcire, ergo merito hæc obligatio transit in hæredem, illa accipientem: pœna pecuniaria sine iniquitate quidem transmitti potest, nec tamen utilitas publica præcise hoc exigit, hinc, prout visum est legi, asseri & negari transmissio potest: Denique, ob delictum alienum, non esse alium in corpore suo affligendum, æquitas sat manifeste dictitat.

§. 32. De jure Romano, obligationes, sive rei persecutoriæ sive pœnales, in hæredes non transeunt, nisi ex delicto aliquid ad hæredem pervenerit, aut lis cum defuncto sit contestata, (in publicis tamen delictis, pœna, ne quidem post litem contestatam, in hæredes regulariter transmittitur, *l. 20. ff. de accus.*) aut obligatio alias specialiter excepta, ut furis, quæ in solidum in hæredes transit, *vid.* LAUTERB. *C. J. de O. & A.*

§. 33. In hac doctrina reprehendi non potest, quod de obligatione pœnali cautum est, sed quod transmissio obligationis rei persecutoriæ, regulariter quoque negetur, id sanæ rationi repugnat, ceu ex *§. 31.* liquet; Et cum ob delictum, in contractum incidens, transmissionem obligationis, asseruerint Romani, nullam utique ob causam, in casu delicti seorsim commissi, eam negarunt. Nec obest, quod hæres defunctum in delictis non repræsentet, *v.* HUBER. *in posit. ad I. de temp. & perpet. action. n. 15.* nam aliud est, *delinquere*; aliud;

ſitas, venum proſcribere poterit? dicendum hoc videtur, *continentia* tamen *cauſæ, quæ, apud eundem judicem, ſuper univerſis debitoris facultatibus, creditorum contentionem peragi ac decidi* poſtulet, *vid.* RODENB. *d. tr. tit. 2. c. 5. n. 16. p. 91.* invalide liberis gentibus opponitur, hinc ab *ultronea admiſſione*, rei hujus ratio quoque deſumi debet, ad iſtam tamen comitatem, Gentes laudata illa continentia permoveri, recte dicitur.

§. 49. Sed quid dicendum, ſi is, qui ex ſuo loco, juxta hujus ſolennitates, in res alieni territorii egit, in hoc ſe conferat, ibique domicilium vel de novo conſtituat, vel, quod jam ante habuit, continuet, num & tum actus valebit? Intereſſe puto, utrum *actus perfecte ſit celebratus*, an ex *futura voluntate adhuc pendeat*, illo caſu valebit, hoc, non, per ea quæ dixi *§. 30. 33. 34.* nam illa etiam huc applicari poſſunt.

§. 50. Ex quibus in ſpecie ſequens caſus facile deciditur: Friſius proficiſcitur in Hollandiam, ibique facit teſtamentum, more loci, contra jus Friſicum, redit in Friſiam ibique diem obit, valetne teſtamentum? valebit ex ſententia HUBERI *in prælect. ad ff. l. 1. tit. 3. n. 4.* quia *dum fuit in Hollandia, licet ad tempus, jure loci tenebatur, actusque ab initio validus, ubique valere debet.* Sed eum falli, ac teſtamentum illud, eſſe invalidum, ob rationes antea datas, plane arbitror.

§. 51. Hactenus disquiſivimus, quouſque actus, juxta leges alicujus loci, valide celebratus, quoad bona alibi ſita, valeat aut non valeat. Sed nunc ex converſo quæri poteſt, an actus, certo in loco invalide geſtus, quoad bona alibi ſita, valeat, ſi ſolennitates cæteraque, quæ locus ſitûs requirit, obſervata ſint? affirmare id non dubito, nulla enim, legibus exteris gratificandi, hic ſubeſt cauſa, & quid intereſt exteræ Reipublicæ, ſi is, qui apud eam, morali æſtimatione, nihil egit, alibi valide egiſſe dicatur? cum igitur, juxta regulam noſtram tertiam, in dubio legibus extraneis valor ſit abjudicandus, ideo, actum, in caſu præſenti, valere, dicendum eſt.

§. 52. Contractus igitur, de rebus, etiam mobilibus, alibi ſitis, initus eo loco, ubi de iis contrahere licitum non erat, in loco rerum ſitarum valebit, ſi in hoc nulla occurrat prohibitio, nam illius Reipublicæ non intereſt, quid hæc de rebus ſuo imperio ſubjectis, ſtatuat.

Quodſi

Quodsi tamen contrahentes, merces prohibitas, in locum contractus, transferant, huic quoque integrum erit suo jure uti, & contractum rescindere.

§. 53. Aliud exemplum. Frisius vel Batavus, in Frisia facit testamentum, coram Notario cum duobus testibus, de rebus in Hollandiâ sitis. Profertur illud in Hollandia, ibique bona sita petuntur, non fiet adjudicatio, quia testamentum inde ab initio fuit nullum, utpote factum contra jus loci, judice HUBERO *d. l. n. 4.* Geminum est, quod profert IDEM *n. 14.* Frisius 17. annos natus, ac domi testamenti factionem habens, Groningæ, quo, discendæ pharmaceuticæ causa, se contulerat, testatur, ubi illius ætatis hominibus testari non licet, testamentum nec in Frisia valebit. Verum uti fatetur HUBERUS in ultimo exemplo, quod judicum suffragia minime consenserint, ita in utroque testamentum validum dicendum esse existimo, *add.* RODENB. *d. tr. tit. 2. c. 3. n. 2.*

§. 54. Apud Ultrajectinos donatio Conjugum est invalida, valebit tamen illa quoad res in Hollandia sitas, ubi donatio non prohibetur, RODENB. *d. tit. 2. c. 5. n. 2. 5.* Geldro, juxta consvetudinem Patriæ, non licet testari de rebus allodialibus, de bonis tamen, extra Geldriæ limites, constitutis, testamentum condere, ei integrum erit, ID. *d. l. n. 4.* Si maritus statuto prohibeatur immobilia, citra uxoris consensum, alienare, alienatio tamen, posita inter conjuges communione, quoad prædia extera, erit valida, ID. *d. l. n 9. 10.*

§. 55. Formabimus adhuc aliud exemplum ex iis, quæ RODENBURG *tit. 4. c. 1 n. 8.* alio fine affert. Per mores Hollandorum absque Viro auctore, mulier se obligare nequit, adeo ut ne quidem, à morte Viri, illa teneatur: Per leges vero Ultrajectinorum, jus Creditori non redditur constante matrimonio, acturo tamen efficaciter in mulierem, eo dissoluto. Fac uxorem Hollandam, in Hollandia, de rebus Ultrajectinis, contraxisse, an post mortem mariti, in loco rei sitæ, efficaciter illa conveniri poterit? sic dicendum putamus, & differt hic casus ab eo, quem §. 25. retulimus.

§. 56. Summa igitur hactenus dictorum hæc est: si in aliquo loco, civis vel forensis aliquid gerat, tum si illi loco, & agentium arbitrio, omnia subsint, leges loci observari debent; Id porro, quod se-

cundum leges illas valide aut invalide gestum est, vel inde amplius dependet, valet aut non valet ubique; Quodsi vero civis vel forensis ex loco suo, in res alibi sitas, agat, tum, harum respectu, leges loci non valent, nisi in quantum, ex comitate, exteri valorem admiserint.

§. 57. Ex partitione, quam hactenus secuti sumus, hoc etiam apparet, non opus esse, ut de *casu mutati domicilii* seorsim agamus, de quo sollicitus est RODENBURG. *d. tr. tit. 2. part. 2.* Nam in iis, quæ quis in suo domicilio, de rebus huic subjectis, suscipit, domicilii leges sunt observandæ; Porro quæ juxta hujus leges, valide aut invalide sunt peracta, illa valent aut non valent ubique, adeoque etiam in novo domicilio, in futuris vero, ex legibus novi domicilii pendet; Si autem vel in antiquo domicilio olim egerit, aut in novo agat in res alibi sitas, tum legum neutrius domicilii erit aliqua autoritas, nisi in quantum exteri ex comitate eam admiserint.

§. 58. Non minus etiam liquet, de pactis, quibus statutorum jurisque hinc dependentis diversitati, obviam eatur, non esse seorsim agendum, licet de eo etiam satagat RODENB. *d. tr. tit. 3. 4.* nam in genere leges sunt vel *obligantes* vel *permittentes*, contra illas nihil operari poterunt pacta privata, harum verum effectum temperare & mutare conventionibus licebit, quæ omnia, juxta tres respectus antea memoratos, casibus obvenientibus, applicari debent, ac in præcedentibus, pro instituti ratione applicata sunt.

§. 59. Hactenus dicta pertinent ad leges diversorum Territoriorum; sed non raro, in eodem Territorio, diversa statuta localia occurrunt, quæri ergo poterit, num ad hæc etiam doctrina proposita applicari queat? Dicendum hoc puto, rationes tamen factæ decisionis non præcise ex jure Gentium, ut hactenus factum, deduci debent, sed ex voluntate Legislatoris, ex qua statutorum localium valor ultimato dependet, compendiosius repeti possunt.

§. 60. Dubitandum igitur non est, quin in iis, quæ municipio subsunt, leges municipales, etiam à non municipibus, sint observandæ, hoc enim vult Legislator. Porro quæ juxta leges municipales, de re, iis subjecta, valide aut invalide gesta sunt, valebunt aut non valebunt in toto Territorio, nam hoc non tantum regulæ æquitatis antea inculcatæ exigunt, sed & Legislator omnibus suis subditis imperat.

rat. Denique si ex municipio aliquo, in res alibi sitas, agatur, legum municipalium nulla erit autoritas, nisi in quantum hoc Legislator voluerit, quæ voluntas, ex circumstantiis antea memoratis, probabiliter quoque colligitur.

CAPUT XI.

DE REBUS MORALIBUS SIVE INCORPORALIBUS.

SUMMARIA.

Legum effectus sunt res incorporales §. 1.
Definitio juris Romani, parum solida est §. 2.
Idem dicendum de tractationis ordine §. 3.
Res incorporales in jus & obligationem, summatim resolvuntur §. 4.
Utriusque varietas §. 5. 6. 7. 8. 9. 10. 11.
Jurium separata divisio §. 12.
Sex species generaliores constituendæ videntur §. 13.
Distinctio juris rerum §. 14.
Jus reale & personale §. 15.
Effectus aliis juribus est communis §. 16.
Hinc intelligendo juri reali & personali, objectum est considerandum §. 17.
Monitum quoad species juris realis §. 18.
Jura sunt vel ordinaria vel extraordinaria §. 19.
Privilegiorum varietas §. 20.
Obligationum diversitas §. 21.
Res morales, sine lege, non dantur §. 22.
Cadunt tantum in homines §. 23.
Non bruta aut res inanimatas §. 24.
Transmissio jurium & obligationum, alieno loco, ab interpretibus tractatur §. 25.
Ac huc pertinet §. 26.
De transmissione jurium & obligationum communium non quæritur §. 27.
Sed specialium, cum regula generali de jurium transitione §. 28.
Monitum de transmissione obligationum §. 29.
Regula de obligationibus contractuum §. 30.
Et delictorum juxta æquitatem §. 31.
Sententiam juris Romani §. 32.
Quæ quodammodo iniqua §. 33.
Objectum rerum incorporalium sunt res corporales §. 34.
Harum varietas §. 35.
Ac diversæ denominationes, à rebus moralibus oriundæ §. 36.
Exinde habitus personarum rerum incorporalium & corporalium ostenditur §. 37.
Quæ semper in Jurisprudentia cohærent §. 38.
Vulgare carmen, de tribus juris objectis, rejicitur §. 39. 40. 41.
Ac ejus generis alia dogmata examinantur §. 42. 43. 44. 45. 46.
Rerum moralium effectus §. 47.
Exinde existunt personæ morales nec non status §. 48.
Qui singula jura consequitur §. 49.
Alio tamen sensu illa antecedit §. 50.
Quousque cum societate conveniat §. 51.

§. 1.


Atis ita persecuti sumus, indolem & varietatem Legum, intuitu Germaniæ. Dispiciendum nunc est, de earum *effectu*, sive *rebus moralibus* aut *incorporalibus*, *v. c. 3. §. 20.* quæ disquisitio eo magis necessaria est, quo minus illa vulgo vel loco proprio institui, vel, in usum Jurisprudentiæ & vitæ civilis, adæquate satis peragi, imo quo magis illa negligi, distrahi, variisque erroribus, per universam Juris artem, male diffusis, corrumpi solet.

§. 2. Res incorporales, ex doctrina Romanorum, sunt, *quæ tangi non possunt & in jure consistunt*, *§. un. I. de reb. corpor. l. 1. §. 1. de divis. rer.* sed hac definitione non multum profeceris, nam negativa & obscura illa est, hinc etiam interpretes miros sibi hic formant conceptus, dum res incorporales, *natura esse & extra considerationem juris subsistere* arbitrantur, ne scilicet, si secus sentiant, *ideæ Platonicæ* & *entia rationis*, illæ evadant, *v.* VINN. *in not. & comment. ad d. §. un. I. de reb. corpor.* imo nonnullos præjudicia adeo transversos agunt, ut, distinctionem, in res corporales & incorporales, hodie nullius usus esse, contendant, ceu de Hotomanno & Voetio testatur HUBER. *in posit. ad I. de reb. corpor. & incorpor. n. fin.*

§. 3. Sicut autem doctrina nullius est momenti, ita ex ordine falsos conceptus etiam colligere licet; Nam de rebus incorporalibus agunt, quando divisiones rerum corporalium persequuntur, vel etiam eas tradunt, quando de acquirendo rerum dominio sunt solliciti, vel in media Jurisprudentia, aut sub ejus finem, explicationem obligationis moliuntur. Quasi scilicet res incorporales, cum corporalibus, eadem classe censendæ, & perinde ac hæ, objectum dominii essent, vel etiam in certa aliqua Jurisprudentiæ parte tantum occurrerent, cum tamen sint objectum Jurisprudentiæ formale, ac cum rebus corporalibus, velut objecto materiali semper concurrant, & per universam Juris disciplinam sint diffusæ, adeoque earum indoles sub initium statim, seu, in parte Jurisprudentiæ præliminari, explicanda sit.

§. 4. Mittamus ergo ista! Res morales ita dicuntur à *moribus* i. e. externis actionibus humanis, quas formare & dirigere debent, hinc etiam illa denominatio, nomine rerum incorporalium, concinnior

nior eſt. De cætero univerſus earum conceptus, in *Jus* & *Obligationem* reſolvitur; Jus eſt *facultas moralis licite & ſecure aliquid habendi, agendi, vel ab aliis poſtulandi.* Obligatio eſt *vinculum legis, homines ad agendum & patiendum obſtringens.*

§. 5. Jus & Obligatio regulariter, ut correlata, concurrunt, hinc eorum varietas etiam, ex parte, conjunctim explicari poteſt. Obligatio igitur (de jure idem intelligendum) ratione (*1.*) *originis*, eſt vel *divina*, quæ à legibus divinis, vel *humana*, quæ ab humanis dependet. Hæc apud Romanos eſt iterum vel *civilis*, vel *prætoria*, §. *1. I. de Oblig.* ſæpe tamen lex civilis & Prætor, non tam novas obligationes introduxit, quam naturales potius aſſeruit & confirmavit.

§. 6. Deinde (2.) ratione *exiſtentiæ*, obligatio eſt vel *connata*, quæ ſine ſpeciali facto, ad hoc directo, exiſtit, *v. l. 3. §. 14. ad exhib. l. 7. C. eod.* vel *adventitia*, quæ ex lege humana, vel facto ſpeciali oritur, *v. l. 52. de O. & A.* (3.) ratione *efficaciæ*, eſt vel *perfecta*, ad cujus impletionem quis cogi poteſt, vel *imperfecta*, quam coactio non ſequitur.

§. 7. Prior dici ſolet *mixta*, vel etiam *civilis*, *l. 7. §. 2. de pact.* poſterior vero eſt, vel *mere civilis*, quæ ſummo ſtrictoque jure, ſed non juxta æquitatem, obtinet, ac hodie eſt inane nomen, *vid.* OBSERV. LAUTERB. *Obſerv. 1141.* vel *naturalis*, quæ iterum eſt vel *minus plena*, cujus executio cujusvis pudori relinquitur, quæque nullum effectum externum, contra invitum, habet, *v. l. 25. §. 11. de hæred. pet. l. 54. §. 1. de furt.* vel *plena*, ob quam non quidem actio in foro conceditur, quam tamen alii effectus, ut retentio, *l. 64. de condict. indeb.* compenſatio, *l. 6. de compenſ.* ſequuntur.

§. 8. Hodie obligatio naturalis plena, rarior eſt, vel potius plane ceſſat, nam ſolenne exemplum obligationis, ex pacto nudo deſcendentis, non occurrit, obligatio vero filiifam. quæ ex mutuo aſſeritur, vel etiam pupilli ſine tutore contrahentis, vix congruum exhibet exemplum, cum revera nulla obligatio adſit; Idem dicendum de obligatione fidejuſſoris, ſolidum, vel ante debitorem principalem, ſolventis, nam illa obligatio non naturalis, ſed mixta eſt: Et in univerſum leges civiles noſtrates ita agere ſolent, ut vel ortum obligationis naturalis plane impediant, vel earum executionem conſcientiæ cujusvis relinquant, vel eas, ad effectum agendi, confirment.

§. 9. Cum igitur obligatio mere civilis non occurrat, obligatio naturalis plena, vel itidem non detur, vel perfecta, ſive mixta & civilis, ſit, ideo, juxta uſum hodiernum, diviſio tertia, ſic explicanda eſt: obligatio eſt vel *perfecta*, juxta definitionem *§. 6.* & talis regulariter quævis dicenda, donec probetur exceptio, vel *imperfecta*, cujus executio pudori & conſcientiæ cujusvis relinquitur.

§. 10. Exiſtit autem illa, vel ob conditionem *objecti*, quando ſcilicet indoles ſocietatis civilis, aliquam præſtationem præciſe non exigit, cujus generis ſunt officia humanitatis, beneficii & gratitudinis, vel *ſubjecti*, quando is, qui obligatus eſt, nulli imperio & coactioni ſubeſt, hinc obligationes Summorum Imperantium ſunt imperfectæ quoad ſubditos qua tales, nam ſi hi juſta defenſione aliquando contra illos inſurgañr, eosque ad explendam obligationem adigant, tum non pro ſubditis, ſed populo libero, haberi debent.

§. 11. Porro (4.) ratione *durationis*, obligatio eſt vel *perpetua*, quæ ſemper obtinet, vel *temporalis*, quæ ad tempus durat; Connata, regulariter perpetua eſt, adventitia vero, temporalis (5.) *objecti*, eſt obligatio *dandi*, quæ rei præſtationem, & *faciendi*, quæ facti cujusdam exhibitionem exigit, *v. l. 14. 72. 75. §. fin. l. 76. 84. 112. de V. O.*

§. 12. Hactenus varietatem jurium & obligationum conjunctim declaravimus, ſed debent illa etiam ſeparatim conſiderari. Jura vulgo ſolent diſtingvi in *jura perſonarum*, quæ intuitu ſocietatis civilis, ſine rerum certarum conſideratione, hominibus competunt, & *rerum*, quæ de rebus, ipſis tribuuntur. Sed iſta diviſione non multum forte profeceris, nam primum ejus membrum, nimis videtur generale, præterea incongrua quoque ejus eſt denominatio, nam omnia jura, etiam rerum, perſonis competunt, adeoque jura perſonarum dici poſſunt, ut iſta appellatio, certis juribus tributa, nec ratione niti, nec evidens eſſe videatur.

§. 13. Interim fateor, non ſatis expeditum eſſe, quomodo tot varia jura, ad ſumma genera revocari queant: Forte ſex jura generalia, ad quæ cætera omnia redigere liceat, conſtitui poſſunt. *Humanitas*, propter quam officia charitatis ab aliis petimus, *Inviolabilitas*, quæ ſecuritatem ratione vitæ & corporis, pollicetur, *Libertas*, vi cujus actiones noſtras, pro lubitu, ſuſpicimus. *Exiſtimatio*, ob quam aliis æqua-

æquales, vel inferiores aut superiores sumus; *Imperium*, vi cujus aliorum actiones dirigimus, quodque aliorum subjectio ac conditio civilis sequitur, ac tandem *Jus rerum*, quod in rebus, ad exigendam hanc vitam necessariis ac utilibus, competit.

§. 14. De hoc vulgo solliciti sunt, mihi ita dicendum videtur: Est vel *Indeterminatum*, ob quod *quis aptus est, ad res cum juribus suis acquirendas.* Dicitur uno nomine *Commercium*, vel, si mavis, *jus commercii*, quod in quovis merito tamdiu præsumitur, donec restrictio probetur; Vel *Determinatum*, quod *certas res respicit*, hoc communiter saltem respiciunt, adeoque id in specie jus rerum dicitur.

§. 15. Ab *effectu*, jus rerum distingvitur in *reale*, quod est *jus, quo aliqua res corporalis, sine respectu ad certam personam, nostra est*, & *personale*, quod est *jus, ob quod res vel factum, à certa persona debetur.* Illud habet effectum contra omnes possessores, hoc saltem contra certam aliquam personam, & regulariter ejus hæredes: Illud etiam *jus in re*, hoc *ad rem* dicitur: Si jus reale & personale, diversis personis competens, contra eundem concurrat, illud præfertur.

§. 16. Illud observandum, diversum illum effectum, non esse proprium juri rerum, cujus intuitu ille vulgo saltem inculcari solet, sed potius omnibus aliis juribus communem, nam omnia jura, uti ratione ejus, cui competunt, involvunt facultatem licite quid agendi vel habendi, ita, si ad alios referantur, vel contra omnes, vel contra quosdam saltem habent effectum, adeoque necessario vel realia, vel personalia sunt, tertium enim non datur.

§. 17. Quo igitur penitius constet, quænam jura, pro personalibus aut realibus, haberi debeant, *objectum* eorum probe considerandum erit, nam si respiciant tale objectum, quod à persona obligata abire nequit, quale est *nudæ actionis exhibitio vel omissio*, aut etiam *quantitatis generisve præstatio*, tum quia de effectu erga tertium, quoad hoc quidem objectum, quæri nequit, satis est, si illa jura dicamus *personalia:* si vero tale concernant objectum, quod penes plures esse potest, quale est *certa quædam res* vel *species*, aut etiam *rerum universitas*, tum, pro diversa agentium & legis intentione, jura illa modo *realia*, modo *personalia* erunt.

§. 18. De

§. 18. De speciebus, juris personalis, nulla vel quæstio vel controversia occurrit, *v.* OBSERV. LAUTERB. *Observ.33.* sed de speciebus juris realis, magna est, inter interpretes, concertatio. Communiter quinque species, *dominium*, *pignus*, *servitus*, *jus hæreditarium* & *jus possessionis* adstruuntur, quam sententiam pluribus etiam defendi in OBSERV. LAUTERB. *Observ. 32.* Verum illa saltem procedunt, quatenus jus reale, unice ad jus rerum refertur, sed quia §. *16. 17.* ostendi, quod hæc qualitas, ad alia etiam jura pertineat, hinc species juris realis, numero illo quinario, abrupte nimis constringere non licebit. Inprimis ergo jura, quæ ex imperio descendunt, ac privatis, ad instar aliorum jurium, concedi solent, ut Jurisdictio, jus patronatus similiaque, in istam classem etiam referri debent, id quod vulgo quoque agnoscunt, dum illa servitutibus fere annumerant.

§. 19. Præterea observandum, quod jura & obligationes adventitiæ, vel juxta consvetas in vita civili regulas acquirantur, vel præter eas, ex certa causa, singulari ratione, concedantur aut imponantur, illa dicuntur *ordinaria*, hæc, *extraordinaria* seu *privilegia.* Vulgo quidem hæc ad leges referunt, sed sunt potius illa legum effectus, nec opus est, ut eadem cum STRAUCHIO *dissert. 1. §. 8.* à *jure singulari* distingvamus.

§. 20. De cætero à *fine* distingvuntur in *favorabilia* & *odiosa*, à *subjecto* in *personalia*, quæ personis, & *realia*, quæ rebus, aut potius personis intuitu rerum, conceduntur. Dat eadem Imperans ob justas causas, & durant illa tamdiu, quamdiu voluntas concedentis & acquirentis durat, qua de re Scriptores proprii amplius consulendi, *add.* LAUTERB. *Comp. Jur. de constit. Princip.* Privilegiatus contra æque privilegiatum, non utitur jure suo, *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 17. 18.* sæpe in privilegiis vel impetrandis, vel concedendis, conscientiæ nulla habetur ratio.

§. 21. Hactenus de varietate jurium. Obligationum quidem etiam magna est varietas, sed plerumque nihilominus illæ nomen generis sui retinent, nonnunquam tamen speciale, ut subjectionis, Vasallagii & simile, assumunt. In genere observandum, quod obligationes sunt vel *generales*, quæ omnes afficiunt, ac cum aliis, tum præcipue juribus realibus, respondent, vel *speciales*, quæ jurium perſona-

ſonalium, ex contractibus & delictis ſpecialibus reſultantium, ſunt correlata. *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obſerv.* 33.

§. 22. Obligationes dependent ex *lege obligante*, jura vero ex *permittente*, qui effectus poſterior cauſæ ſuæ veritatem, à multis fruſtra negatam, ſatis oſtendit. De cætero res morales, ſine lege, non dari, apud earum peritos in confeſſo eſt, ac in Jurisprudentia Univerſali latius doceri ſolet; Quando igitur juris Romani interpretes, *contractum per ſe & ſua natura obligationem efficacem producere*, docent, id, niſi recte explicetur, falſum eſt. Producunt autem leges, jura & obligationes vel immediate, vel mediate, occaſione facti humani præcedentis.

§. 23. Tribuuntur res morales *hominibus* natis, &, ſuo modo, naſcituris, maſculis & fœminis, minoribus & majoribus, perſonis ſingularibus & compoſitis. Quodſi autem uſus rationis vel penitus vel certo modo in quibusdam deficiat, vel aliam ob cauſam rebus ſuis quidam præeſſe nequeant, tum vicariâ aliorum operâ, illi jura ſua ſuſtinent & exercent. De obligationibus dicere ſolent, quod earum *ſubjectum ſint creditores & debitores*, quæ doctrina redolet præjudicium ex jure Romano hauſtum, quo obligatio tantum ad jus ad rem pertinere exiſtimatur. *v.* OBSERV. LAUTERB *Obſerv.* 1138.

§. 24. *Bruta* rerum moralium non ſunt capacia, cum enim legis directionem non admittant, nec jura & obligationes, ex legibus venientes, recipere poſſunt. Multo minus igitur *res inanimatæ*, rerum moralium poſſunt eſſe ſubjectum, quamvis vulgo, magno conſenſu, jura nonnulla, ut privilegia & ſervitutes, rebus inhærere, doceant, nam non rebus, ſed potius perſonis intuitu rerum, jura illa competunt, quæ, per loquendi compendium, rebus ipſis deinde adſcribuntur. Quodſi alio ſenſu vulgaris doctrina accipiatur, falſa utique eſt, de cætero uſum præſentis obſervationis, in materia potiſſimum ſervitutum, conſpicere licet.

§. 25. Cum autem homines non ſint immortales, & tamen utilitati generis humani minime conveniat, ut cum perſonis jura & obligationes moriantur, ideo, de horum in hæredes transmiſſione, non infrequens eſt quæſtio. Tractant eam interpretes ad titulum *de Obligat. & action.* dum de transmiſſione actionum, tam activa quam

Q pas-

§. 30. De prioribus hæc tenenda regula: *Obligationes ex contractibus descendentes, in hæredes, si aliud non actum, transeunt*, cum enim illæ intuitu rerum constituantur, merito seqvuntur eum, qui res accipit. Agnoscunt istam æquitatem Romani eamque etiam eo casu recte admittunt, quo nulla hæredum mentio facta, *v. l. 38. de V. O.* aut dolus defuncti intervenit, *l. 12. 49. de O. & A. l. 7. §. 1. depos. l. 157. §. 2. de R. J.* modo obligatio ad *damnum resarciendum*, non *pœnam tendat*, *§. 1. I. de perpet. & tempor.* in qua adeo doctrina nihil merito desideres.

§. 31. De posteribus, juxta æquitatem, ita dicendum arbitramur: *Obligationes ex delictis venientes, quatenus damni restitutionem exigunt, in hæredes* transire debent, *quatenus pœnam pecuniariam*, possunt, *si ita lex civilis velit, quatenus pœnam corporis afflictivam*, non debent, *vid.* OBSERV. LAUTERB. *Observ. 1146.* Rationes sunt manifestæ; damnum ex bonis suis debebat delinquens resarcire, ergo merito hæc obligatio transit in hæredem, illa accipientem: pœna pecuniaria sine iniquitate quidem transmitti potest, nec tamen utilitas publica præcise hoc exigit, hinc, prout visum est legi, asseri & negari transmissio potest: Denique, ob delictum alienum, non esse alium in corpore suo affligendum, æquitas sat manifeste dictitat.

§. 32. De jure Romano, obligationes, sive rei persecutoriæ sive pœnales, in hæredes non transeunt, nisi ex delicto aliquid ad hæredem pervenerit, aut lis cum defuncto sit contestata, (in publicis tamen delictis, pœna, ne quidem post litem contestatam, in hæredes regulariter transmittitur, *l. 20. ff. de accus.*) aut obligatio alias specialiter excepta, ut furis, quæ in solidum in hæredes transit, *vid.* LAUTERB. *C. J. de O. & A.*

§. 33. In hac doctrina reprehendi non potest, quod de obligatione pœnali cautum est, sed quod transmissio obligationis rei persecutoriæ, regulariter quoque negetur, id sanæ rationi repugnat, ceu ex *§. 31.* liquet; Et cum ob delictum, in contractum incidens, transmissionem obligationis, asseruerint Romani, nullam utique ob causam, in casu delicti seorsim commissi, eam negarunt. Nec obest, quod hæres defunctum in delictis non repræsentet, *v.* HUBER. *in posit. ad I. de temp. & perpet. action. n. 15.* nam aliud est, *delinquere*; aliud;

 ob

ob delictum satisfacere, illud illicitum, hoc honestum ac repræsentari aptum. Denique cum non appareat, cur iniquius jus Romanum, æquitati præferri debeat, ideo hanc, in foris Germaniæ, observandam esse putem.

§. 34. Rerum incorporalium objectum, sunt *res corporales*, quo nomine entia physica & artificialia, nec non actiones humanæ, imo, juxta jus Romanum, servi, & quodammodo, liberi, in patria potestate existentes, *v. §. 9. I. de oblig. quæ ex delict. nasc.* comprehenduntur, *v.* OBSERV. LAUTERB. *Observ. 34. n. 3.* nam de his omnibus, jura & obligationes hominibus tribuuntur, quæ efficiunt, ut hi illas exigere, possidere, ac ad usus suos applicare queant, vel etiam aliis eas præstare aut relinquere teneantur.

§. 35. Sunt autem res corporales in specie sic dictæ, vel *mobiles*, quæ *natura & jure, de loco in locum, salvæ moveri & commode transferri possunt*, vel *immobiles*, quæ *per naturam moveri salvæ nequeunt, vel, ob voluntatem legis & domini, non debent*, hinc sunt tales vel *naturaliter*, vel *civiliter*, *vid.* LAUTERB. *C. J. de div. rer.* Cum autem sæpe dubia sint rerum immobilium exempla, *v.* OBSERV. LAUTERB. *Observ. 573.* præterea etiam qualitas illa rerum, facile mutari, aut res mobilis in locum immobilis, substitui queat, hinc leges, quæ sine necessitate, v. g. in successionibus ab intestato, eas sectantur, vitio non carent, cum sæpe, non sine difficultate applicari, vel etiam facile eludi queant.

§. 36. De cætero à rebus incorporalibus, res corporales, varias sortiuntur denominationes, pro diverso scilicet illarum habitu. Sunt enim vel *extra patrimonium*, quæ neque alicujus sunt neque esse possunt, ut mare, à terris valde remotum, vel *in patrimonio*, circa quas homines jus proprium habent vel habere possunt, hinc sunt tales vel *potentia*, ut res nullius, vel *actu*, hæ à (1.) *juris* diversitate, sunt *propriæ*, *oppignoratæ*, *servientes*, *debitæ*, *hæreditariæ*, & si quæ aliæ ejus generis occurrunt, (2.) à *domini* diversitate, vel *publicæ*, quæ ad Rempublicam pertinent, vel *privatæ*, quæ privatorum sunt, nempe *singulares*, *communes*, ut hæreditas communis, & *Universitatis*, (3.) à *diversa legis* & *domini intentione*, vel *mobiles*, vel *immobiles*. Quæ Romani eorumque interpretes hic philosophantur, ea, maximam partem,

tem, ex falsis resultant hypothesibus, *vid.* OBSERV. LAUTERB. *Obs.* 35. 36.

§. 37. Atque ex his personarum, rerum incorporalium & corporalium habitus, tam intuitu Jurisprudentiæ, quam inter se, facile intelligi potest. Scilicet ratione Jurisprudentiæ, res incorporales sunt *objectum formale* sive *proprium*, personæ vero & res corporales, *materiale* seu *commune*, quod aliæ etiam disciplinæ, sed sub alio considerandi modo, sibi vindicant. Inter se autem si spectentur, personæ sunt *subjectum*, res incorporales, *qualitates iis inhærentes*, res corporales, *harum objectum*, nam personis, jura & obligationes, de rebus tribuuntur & imponuntur.

§. 38. Ex his tria sequuntur (1.) quod in disciplina legum, jura, personæ & res non debeant divelli, sed illa potius indissolubili nexu cohæreant, (2.) quod nec jura diversi generis, semper separari, sed conjunctim potius tractari debeant, si objectum disciplinæ materiale, seu personæ & res, hoc exigant, (3.) quod res incorporales, neutiquam cum corporalibus, eadem classe censeri queant. Interim vulgo in alia omnia abeunt, hinc tales circumferuntur, tam quoad ordinem, quam rem ipsam, doctrinæ, quæ animo veritatis cupido, non facile probari possint. *add.* OBSERV. LAUTERB. *Observ.* 34.

§. 39. Ob inolita præjudicia, specialius hoc illustrabimus. Tritissima est doctrina, quod *jura*, ad *personas*, *res* & *actiones* pertineant, §. *fin. l. de J. N. G. C.* hinc, *tria illa jurium objecta*, in scholis pariter ac scriptis plerorumque, celebre nomen sunt, sed, partitionem illam, ex falsis oriri conceptibus, palam est. In Jurisprudentia quidem summatim *jus constitutum*, & *jus per processum & actiones obtinendum* tradi debet, sed in utroque capite, personæ & res quoque occurrunt, hinc illæ & hæ, frustra actionibus opponuntur, & connexa contra monitum nostrum primum, distrahuntur.

§. 40. Quodsi dicas, tripartitam illam divisionem, duo capita generalia, à me jam laudata, præsupponere, ac prius, quod *jus constitutum* exhibet, saltem subdistingvere, quod vel *personas*, vel *res*, i. e. vel *jus personarum* vel *rerum* contineat, tum impingit illa, contra monitum, quod *§. 38. n. 2.* adduxi, dum jura cohærentia ac in certo objecto concurrentia, frustra separat.

tinentia, ſimul conſequitur, ut adeo ex objecto, ſine ulla difficultate, intelligatur, cui res aliqua incorporalis tribuenda ſit. *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obſerv. 38.*

§. 45. Ex ſententia LAUTERBACHII in *C. J. de rer. div. in fin.* res incorporales *annumerantur mobilibus vel immobilibus propter naturam* objecti, *ut nomina & actiones, vel* ſubjecti, *ut ſervitutes immobilibus inhærentes, vel propter* aliam cauſam, *ut annui reditus, qui immobilibus annumerantur.* Sed verius eſt, ex ſolo objecto judicandum hoc eſſe, nam ſervitutes non ex ſubjecto ſeu prædio, cui fruſtra inhærere creduntur, *v.* §. *24. h.* ſed ex objecto, i. e. re ſerviente, æſtimantur, & annui reditus, quorum dies nondum ceſſit, ſunt fructus pendentes & pars rei immobilis.

§. 46. Ex ſuſpecta illa hypotheſi, qua res incorporales & corporales, eadem claſſe cenſentur, enatum eſt *dominium rerum incorporalium,* quod tamen neque conſtituitur, neque conſtitui poteſt, ceu oſtendi in OBSERV. LAUTERB. *Obſerv.32. n.7. ſeqq. Obſ. 1058.* Porro inde propullularunt, *rerum incorporalium traditio, poſſeſſio, præſcriptio, emtio, locatio, uſusfructus, vindicatio,* & in genere omnia illa dogmata, quibus de rebus incorporalibus aſſeritur, quod de corporalibus prædicari ſolet, quæ tamen omnia eo, quo proferuntur ſenſu, falſa ſunt, *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obſ. 34. 218. 247. 254. 530. 591. 668. 1016. 1024. 1033. 1121.*

§. 47. Supereſt rerum moralium *effectus.* Nimirum *jura* hoc operantur, ut licite aliquid agere, habere vel ab aliis poſtulare queas, cumque invitis regulariter non dentur, hinc, *quemvis juri ſuo renunciare poſſe*, tralaritium eſt, *l. pen. C. de pact.* Porro *Obligationes*, ad actiones quaſdam ſuſcipiendas vel omittendas, homines debent impellere, cumque erga invitos quoque ſe exſerant, hinc *jus publicum*, & inde venientes obligationes, *pactis privatorum mutari non poſſunt, l. 38. ff. de pact. ad.* PUFEND. *de J. N. G. l. 1. c. 1. §. 14.*

§. 48. Diximus *§. 4.* quod res morales, in jus & obligationem, reſolvantur; Inde autem vel aliæ res, vel ſaltem novæ denominationes oriuntur: Nam datur *perſona moralis*, i. e. perſona cum certo aliquo jure vel obligatione ſpectata, eſtque iterum vel *ſimplex*, ut Princeps, Conſiliarius, Doctor, Advocatus &c. vel *compoſita*, ut Republica,

ca, municipium, pagus, Collegium, Academia, Ecclesia. Porro inde oritur *status* i.e. spatium vel locus moralis, in quo personæ morales velut existere concipiuntur. Sic aliquis in statu civili, conjugali, nobilium, civium, rusticorum &c. vivere dicitur.

§. 49. Singula igitur jura & obligationes, status aliquis consequitur. Solet tamen hic maxime asseri circa jura, vel perpetuo, vel ad longius tempus, durantia, non vero perinde circa momentanea & mox transitura; Sic aliquis in statu quidem civili, non vero, in statu emtorum & venditorum, existere dicitur, hinc etiam interpretes juris Romani, saltem circa jus personarum, statum aliquem asserunt. Sed utut illa statûs suppositio sit receptior, nihil tamen vetat, quo minus singulis juribus, statum peculiarem substernamus.

§. 50. Solet tamen status aliquando accipi pro eo, quod leges & jura antecedit, adeoque pro causa movente, ob quam Legislator aliquid constituit. Sic quia homines, in statu humanitatis aut diversi sexus reperiuntur, ideo certa quædam jura & obligationes, per leges, ipsis tribuuntur & imponuntur. Aliquando etiam status non ad res morales, sed ad habitum corporis animique physicum, refertur, hinc est status integer & corruptus, sanitatis & morbi &c.

§. 51. Aliàs status moralis, etiam nomine *Societatis* venit, nam perinde est, sive quem in *Statu*, sive *Societate civili* aut *conjugali* vivere dicas. Fatendum tamen est, quod aliquando Societatis nomen, *arctiorem quandam personarum conjunctionem* connotet, adeoque non per omnia, pari passu, cum statûs nomine, ambulet. Sic recte quidem dicitur, quod quis in statu Nobilium existat, sed, quem in societate Nobilium vivere, non perinde usitatum est, nam Nobiles quidem existimatione conveniunt, sed speciali aliquo vinculo, inter se, regulariter non connectuntur. Denique notum est ex jure Romano, quod, per societatem, aliquando intelligatur contractus.

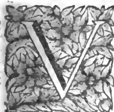
CAPUT XII.
DE CONSCIENTIA.

SUMMARIA.

De conscientia etiam in Jurisprudentia particulari agendum §. 1.
Generalis doctrina præsupponitur §. 2.
Conscientiæ habitus intuitu legum civilium §. 3.

Discri-

§. 1.



Idimus hactenus leges, ab iisque productas res morales, quæ normam principalem actionum humanarum constituunt. Quando horum cognitione imbuitur mens humana, &, quid hominem facere vel omittere oporteat, ostendit, aut de jam factis judicat, tum oritur *Conscientia*, de qua in Jurisprudentia particulari, & specialiter Germanica, non plane silendum est.

§. 2. Conscientia est *mens*, aut si mavis, *intellectus cognitione legum imbutus ac de actionibus hominis propriis, juxta illam cognitionem, judicans.* De cujus *indole, varietate, vi, morbis, emendatione* ac *defectu*, in Jurisprudentia Universali pluribus agitur, quæ hic præsupponuntur, *vid.* OBSERV. PUFENDORF. *Obs. 16. seqq.* Illud interim liquet, conscientiam esse normam actionum humanarum secundariam, ac velut tabulam, in qua leges perscriptæ sunt.

§. 3. Sicut autem Conscientia legum omnium, divinarum & humanarum, cognitione debet esse imbuta (quamvis perfecta cognitio vix in ullo homine occurrat, hinc probabiles opiniones, imo dubia, scrupuli & errores nunquam plane cessant) ita si illa cum legibus civilibus i. e. iis, quæ in vita civili præscribi, aut, ad facta obvenientia, applicari possunt & solent, comparetur, tum duplex ejus habitus existit, nam aliquando Conscientia *idem inculcat, quod leges civiles exigunt, ac vi præsente tueri sunt aptæ*, aliquando vero *circa ea versatur, quæ sunt extra legum civilium tabulas, aut in quibus hæ, ob alias causas, vim suam perdunt.*

§. 4. Ex quibus discrimen *fori externi* & *interni civilis* & *conscientiæ* seu *soli* & *poli*, quorum frequens est apud Scriptores oppositio, facile intelligitur. Nimirum, juxta primum respectum, forum externum & internum coincidit, sed, juxta secundum, eorum diffe-

R rentia

rentia est manifesta, notatque adeo Conscientia, utpote legibus divinis, in rigore suo spectatis, subnixa, normam longe perfectiorem, quam leges civiles exhibent. Atque hoc ultimo sensu plerumque Conscientia accipitur, nam ubi leges civiles & vis externa, homines ad officium adigunt, conscientiæ autoritas in subsidium vocari non solet.

§. 5. Pertinet igitur Conscientia, quatenus, velut norma perfectior, legibus civilibus opponitur, (1.) ad *actus internos*, dictitat enim homini, juxta legum divinarum præscriptum, non sufficere, si in iis, quæ ipsi facienda vel omittenda sunt, actus externos legi attemperet, sed requiri, ut pura mens affectusque bene compositi in illos influant, neminemque pii honestique hominis laudem mereri, nisi, summa animi promtitudine & delectatione, legi obsequatur. Cæterum sicut iste Conscientiæ rigor, raro inter homines observatur, ita in conversatione civili, facile etiam, eo nomine, velut transigitur, modo officia externa præstentur.

§. 6. Porro respicit Conscientia (2.) *actus externos, extra legum civilium præceptum vel prohibitionem constitutos*, id quod exemplis nonnullis, non anxie conquisitis, sed velut fortuitis, declarabimus. Servitus in vita civili, captis licite imponitur, at conscientiæ & legibus divinis eadem repugnare videtur, *vid.* OBSERV. LAUTERB. *Obs.* 23. OBSERV. PUFEND. *Observ.* 538. In societate civili, cœlibatum matrimonio præferre licitum est, sed an aliud dictitet Conscientia, quæritur? id quod, pro diversitate circumstantiarum, affirmari & negari potest, *vid.* OBSERV. PUFEND. *Obs.* 477. Idem dicendum de quæstione, an quis diversæ religionis conjugi, salva conscientia jungi queat? *vid.* OBSERV. LAUTERB. *Obs.* 763.

§. 7. Circa præscriptionem quæstiones Conscientiæ quoque occurrunt, an v. g. etiam cum scientia res præscribi, vel quocunque modo præscripta, illæsa conscientia, retineri queat? quam utramque affirmarem, ea enim est vis imperii civilis, ut alterius jus, justis ex causis, plane tollere queat, *vid.* OBSERV. LAUTERB. *Obs.* 1127. 1129. Utrum ex testamento imperfecto, oriatur obligatio naturalis, vi cujus quis hæreditatem vel legata aliis, in conscientia, præstare teneatur, nota quæstio est? quam negandam arbitror, de quo pluribus dixi in DISS. *de Obligat. ex testam. imperfect. hab. Lips.* 1688.

§. 8. Ex

§. 8. Ex pacto nudo, de jure civili, non datur actio, quemadmodum etiam modicæ læsiones in contrctaibus onerosis negligi solent. Sed Conscientia & promissi impletionem & læsionis emendationem injungit. An filiusfam. SCto Macedoniano tutus, mutui restitutionem, illæsa conscientia, negare queat, maxime si juramentum, de illa facienda, interpositum sit, disquiritur? sunt qui hoc affirment, *vid.* LAUTERB. *C. J. de SCto Macedon. in fin. add. Observ. 431.*

§. 9. Fures suspendio quandoque puniri, notum est, sed an Conscientia in pœnam illam consentiat, quæritur? Post alias negat id MATTH. *de crim. l. 47. tit. 1. c. 2. n. 6.* sed cum aliis affirmat CARPZ. *Pr. Crim. p. 2. qu. 77.* non videtur ipsa pœna in se injusta esse, morbum tamen Rerumpublicarum, eandem arguere, non immerito forte dicitur. Actionem injuriarum & inprimis retorsionem Conscientiæ repugnare, nonnulli volunt, sed si pravi affectus absint, neutra improbanda videtur, *vid.* OBSERV. LAUTERB. *Observ. 1213. 1240.*

§. 10. Invasorem violentum, salva conscientia, non posse occidi, nonnullorum est sententia, sed minus probabilis: Dicendum potius, quod non tantum illa occisio sit licita, sed &, si aliter periculum effugere nequeas, per Conscientiam præcepta: Non minus etiam propter defensionem membrorum, pudicitiæ & aliquando rerum, invasor recte occiditur, *vid.* OBSERV. PUFEND. *Observ. 121. 122. 135. 136. 137.* Adulter tamen in adulterio deprehensus, illæsa conscientia occidi nequit. *v.* OBSERV. LAUTERB. *Observ. 1321.*

§. 11. Inprimis Conscientia pertinet (3.) *ad illos actus externos, circa quos obligatio juris divini non est adeo liquida, quique, sub specie recti, suscipi possunt.* In ambiendis ergo muneribus, obtentisque obeundis, ut & privilegiis impetrandis & concedendis, Conscientia, hominum actiones dirigere debebat, illa enim leges civiles, otiosæ fere adspiciunt, ac de iis nihil sanciunt. *add.* OBSERV. PUFEND. *Obs. 731. 732.* Pecunia tamen oblata officium ambire, in conscientia non esse illicitum, si quis, præ cæteris, ad illud idoneus sit, & tamen istis moribus vivatur, ut nihil sine nummis obtineri possit, aliqui censent. *v. Dn.* STRYKII *Dissert. de for. Conscient. c. 6. n. 149.*

§. 12. In genere circa exempla, qualia hactenus *n. 2. 3.* adduxi, observandum, quod omnia, quantus etiam eorum sit numerus, ad tria

genera forsitan revocari queant, vel enim quæritur, num *obligatio divina actum* v. g. defensionem violentam, *prohibeat, aut aliquem*, v. g. officia humanitatis, *jubeat?* Vel de eo est quæstio, an *post actum*, v. g. præscriptionem, *obligatio naturalis supersit*, vel denique, an *actum aliquem* v. g. testamentum imperfectum, *obligatio juris divini sequatur?*

§. 13. Horum omnium decisio, uti ex accurata juris divini cognitione dependet, ita, quoad duo posteriora exemplorum genera, quæstio præjudicialis est, de *vi imperii civilis*, an scilicet hoc, efficere possit, *ut obligatio naturalis, peculiaribus innixa circumstantiis, aliquando cesset*, vel *ne illa, ob actum in se alias habilem, oriatur?* Hujus decisionem veram si quis teneat, is cætera facile expediet. Illud etiam admonendum, ex doctrina Scholasticorum morali, ut alibi, ita nec hic, solidas semper haberi posse decisiones, cum lubricis illa superstructa sit fundamentis.

§. 14. Ulterius Conscientiæ directio respicit (4.) *facta omnia externa, quæ coactioni quidem & pœnis civilibus subsunt, attamen sæpe, clam legibus civilibus, fieri possunt.* Furta, adulteria, homicidia similiaque delicta, leges civiles quidem prohibent, ac in delinquentes deprehensos convictosque animadvertunt. Sed leges non sunt omniscíæ, adeoque delicta patranda impedire non possunt, debet igitur succurrere Conscientia ac homines, á delictis committendis, deterrere.

§. 15. Eadem est ratio (5.) *factorum externorum, quæ aperte & impune committi vel omitti possunt & solent*, dum agentes vel judiciis plane non subsunt, vel eorum vim facile eludere possunt. Circa hæc igitur defectum legum civilium supplere, ac, ad actiones vel omittendas vel suscipiendas, impellere debet Conscientia. Inprimis ergo illius est, actiones Summorum Imperantium aliorumque hominum potentum moderari ac dirigere.

§. 16. Hæc illustrandæ intentioni nostræ sufficiant; Ex quibus facile colligitur, Conscientiæ Considerationem, per universam Jurisprudentiam, qua publicam, qua privatam, diffundi. Specimen hujus rei satis prolixum exhibet *dissertatio Dn.* STRYKII, *de for. Consc. hab. Francof. 1673.* Potest etiam Conscientiæ consideratio, quoad homines singulos, institui, quod itidem duobus speciminibus illustratum est, in *Dissert. de Conscientia Advocati*, ut & de *Conscientia partium*

in

in judicio, sub præsid. *Dn.* STRYK. *Francof.* 1677. habitis. Eodem modo etiam de Conscientia *Principis*, *Consiliarii*, *Militis*, *Professoris*, *Studiosi* aliorumque, agi potest.

§. 17. Sed ô bona Conscientia, plerumque, non tua quidem culpa, sed hominum improbitate, nomen inane es, ac exigua est, quam Generi humano præstas, utilitas! Equidem conscientia consequens, quæ de iis, quæ facta sunt, judicat, non exigui quandoque est effectus, dum homines accusat, convincit, condemnat, terret & torquet, sed quid aliis prodest, improbum internis animi cruciatibus angi, postquam innumeras ille aliis intulit injurias & facta non possint fieri infecta?

§. 18. Conscientia autem antecedens, quæ actiones futuras moderari debet, pravis affectibus plerumque succumbit, ea enim utplurimum ingenii humani est indoles, ut nisi ejus malitia malo præsente expellatur, stimuli conscientiæ langvidiores sint, quam ut ei retundendæ sufficiant; Hinc, vi remota, nihil est, quod effrenem compescat libidinem, sed potius qua data porta ruitur, maxime cum innata philautia, in excusandis colorandisque facinoribus, admodum ingeniosa esse, & felix prosperumque scelus, virtutem vocare soleat.

§. 19. Sicut autem Conscientia reprimendis delictis sæpe est inidonea, ita eam insuper imperitia improbitasque humana, non raro, in rem generi humano perniciosam, detorquet. Quantas turbas sæpe non excitat fanatica imperiti Sacerdotis Conscientia? Sed strages magis funestas edere solet eorum malitia, qui horridum animi turbulenti impetum, Conscientiæ nomine obvolvunt, ac sangvinolenta decreta, per crudeles aut superstitiosos Imperantes, exequuntur.

CAPUT XIII.

DE AFFECTIONIBUS ACTIONUM HUMANARUM, HOMINUMQUE MORALIBUS.

SUMMARIA.

Ex lege oritur moralitas §. 1.
Actionum, à qualitate morali, varietas §. 2. 3. 4.
Quantitas actionum moralis §. 5.
Ex duabus causis oritur §. 6.

§. 1.



POstquam actiones humanas, earumque normam, tam primariam quam secundariam, explicavimus, deinde, instituta collatione, dispiciendum, quas affectiones cum actiones humanæ, tum ipsi homines, à norma illa sortiantur, quæ res præcipue quidem in Jurisprudentia Universali traditur, à particulari tamen, ac in specie, Germanica, non penitus illa abesse debet.

§. 2. Actiones igitur humanæ, uti à lege dicuntur *Morales*, ita, circa eas, in specie, *qualitas* & *quantitas moralis* considerari potest. Illam quod attinet (1.) à *modo*, quo, de actionibus humanis, lex disponit, illæ distingvuntur in *licitas*, quarum suscipiendarum vel omittendarum jus, actu positivo, lex concedit, & *necessarias*, quas lex jubet vel prohibet, quæque adeo, in *præceptas* & *prohibitas*, amplius distingvi possunt.

§. 3. Deinde (2.) à *convenientia aut pugnantia cum lege*, actiones distingvuntur in *bonas*, i. e. actiones voluntarias, cum lege obligante, rite convenientes, *malas* i. e. actiones voluntarias cum lege obligante pugnantes, & *moraliter indifferentes*, quæ cum lege permittente conveniunt, & neque bonæ, neque malæ sunt, cujus generis actiones multæ occurrunt, licet eas intuitu certi subjecti, cum omnibus circumstantiis, spectemus.

§. 4. Actio bona, etiam dicitur *justa*, *honesta*, *virtuosa* ac, uno nomine, *Officium*, ac potest distingvi in *Piam*, quæ Deum, & *Justam in specie*, quæ homines respicit. Mala, vocatur quoque *injusta*, *turpis*, *vitiosa*, & uno nomine, *peccatum*, *injuria*, *delictum*, ac aliquando *crimen*: Distinguitur in *Impiam*, quæ Deum, & *Injustam in specie*, quæ homines concernit. Actio moraliter indifferens, dici quoque potest *permissa*, non raro etiam, apud interpretes juris Romani, audit *honesta*, sensu scilicet negante; non est turpis aut inhonesta.

§. 5. Præter qualitatem moralem, de qua hactenus, in actionibus

bus bonis & malis, etiam occurrit *quantitas moralis*, quæ est *affectio, juxta quam actiones bonæ & malæ, inter se conferri, ac una alteri æqualis, vel ea melior aut pejor censeri potest.* Juxta qualitatem moralem, actiones bonæ & malæ, sunt æquales, sed juxta quantitatem, non raro inæquales.

§. 6. Oritur quantitas moralis summatim vel à *diverso voluntatis influxu*, hinc v. g. delictum dolosum, gravius est culposo, reiteratum, simplici, vel à *legum, quæ observantur aut violantur, diversitate*, nam sæpe, circa unam actionem, plures leges concurrunt, vel etiam una lex, alterâ magis minusve est necessaria, hinc v. g. homicidio gravius est parricidium. Vulgo ex *circumstantiis* quantitatem repetunt, *v.* §. *9. I. de injur. l. 7. §. fin. l. 8. 9. de injur. l. 16. de pœn.* Sed circumstantiæ, fundamenta modo nominata, præsupponunt eademque indicant, per se autem nullius sunt efficaciæ.

§. 7. Ex frequenti actionum bonarum & malarum exercitio, in hominibus oritur *Virtus* & *Vitium morale;* Ex quo statim liquet, hæc accipi, vel pro *attributis actionum*, de quo antea, vel *personarum*; Hoc ergo respectu Virtus, est *habitus mentis vivendi secundum leges*, Vitium vero est *habitus mentis agendi contra leges.* Illa distinguitur in *Pietatem*, quæ observat leges ad cultum divinum directo spectantes, & *Justitiam*, quæ officia hominibus debita rite explet. Hoc itidem in *Impietatem* & *Injustitiam* discernitur, quarum natura, ex virtutibus oppositis, apparet.

§. 8. Justitia vulgo dividitur in *Universalem* & *Particularem*, sed nec termini illi satis sunt concinni, nec eadem eorum est suppositio. Clarius dici potest: Justitia est *Eminens*, quæ observat leges imperfectas, quarum scilicet executio cujusvis conscientiæ relinquitur, vel *Vulgaris*, quæ observat leges perfectas, ad quarum observantiam refractarii cogi solent. Quodsi quis illam dicere velit *Universalem*, hanc, *Particularem*, nec his nominibus me opponam. Cætera philosophiæ Scholasticæ deliria, de justitia *Distributiva* & *Commutativa*, iisque surrogata *proportione Geometrica* & *Arithmetica*, merito, ut alibi, ita hic etiam negliguntur, *vid.* OBSERV. PUFENDORF. *Obs. 63. seqq.*

§. 9. Vulgaris quæstio est: *An Jurisprudentiæ finis sit justitia uni-*

universalis, an particularis? Prius, velut rem valde necessariam, inculcat LAUTERBACH. *C. J. de J. & J.* Non tam de *Justitia*, quam potius de *virtute morali in genere*, quæstio erat concipienda. Ego distingvendum esse censeo, inter finem *per se*, & *per accidens*, sit venia hisce terminis! Virtus vulgaris & externa, ad quam homines cogi possunt & solent, est finis per se, sive certus, sed virtus eminens, quæ vel coactionem omnino non admittit, vel saltem eidem subesse non solet, est finis accidentalis, qui svadendo & optando intenditur.

§. 10. Ergo virtus, pro attributo actionum potius, quam pro habitu mentis humanæ supposita, Jurisprudentiæ finis proprius & certus est. In specie igitur, extra hujus sphæram Justitia eminens & Pietas sunt constitutæ, occasio tamen utriusque exercendæ, illi recte includitur: Aliquando malitia humana, palliandæ crudelitati, ambitioni & avaritiæ, pietatem prætexit, ac, improba vi, ad hanc homines cogit. Ex quibus etiam intelligi potest, quo sensu Jurisprudentia, *bonos non solum metu pœnarum, verum etiam præmiorum exhortatione* efficiat, *l. 1. §. 1. de J. & J.*

§. 11. A tractatione Justitiæ, in Jurisprudentia, faciendum esse initium, adeoque Ordini tam Institutionum, quam Pandectarum hactenus constare rationem, quod ille Justitiam primo loco exhibeat, vulgo arbitrantur, cum regulæ methodi analyticæ exigant, ut in Disciplinis Practicis, Finis primum locum occupet, *v.* EKHOLT *adf. de J. & J. §. 1.* Verum illud ipsum, à Fine desumtum argumentum, ostendit potius, quod Ordo ille male se habeat: Jurisprudentia intendit, ut homines, actiones suas, legibus attemperent, adeoque justitia, suo modo obtineatur, ergo, hanc, illarum explicationem præsupponere, manifestum est.

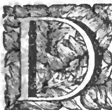
CAPUT XIV.
DE DELICTIS.

SUMMARIA.

Quoad actiones licitas & honestas, dicta sufficiunt §. 1.
Sed delictorum consideratio ulterior instituenda §. 2.
Delicti indoles §. 3. Causa §. 4.
Ad illud requiritur voluntas §. 5.
In actum externum erumpens §. 6.
Ac legis prohibitio §. 7.

Delictum

§. I.



DE actionibus licitis & honestis nihil amplius hic dicendum, sed, intelligendæ earum indoli, antea dicta sufficiunt. De variis vero illarum speciebus & effectu, ac in specie, quomodo actus liciti, in necessarios & obligantes, nempe conventiones & testamenta similesve, transformentur, sive hi, ex illis, sequantur; porro quomodo actiones honestæ sint suscipiendæ, aut susceptæ præmiis quandoque afficiantur, de his, inquam, in parte principali, locis propriis erit agendum.

§. 2. Alia ratio est actionum malarum sive delictorum, hæc enim uti sunt inter homines frequentissima, ita in varias se componunt formas, hinc distinctius nonnihil considerari merentur, nam vulgaris tractandi ratio, qua delicta ad finem Jurisprudentiæ rejiciuntur, eademque in unum locum fere compinguntur, ratione destituitur. Delicta in singulos fere juris articulos incidunt, hinc nec eorum explicatio generalis differri, nec species conjungi, sed potius, præsupposita generali doctrina, singulæ suis locis proponi debent.

§. 3. Quid actio mala sit, *cap. præc.* §. 3. ostensum est, sed hic strictius nonnihil eam supponimus, quatenus pœnis humanis illa subest, hinc actio mala sive delictum, est *factum externum voluntarium, contra legis prohibitionem susceptum, vel præceptionem, omissum.* Ejus tota explicatio juris Gentium est, hinc quæ ex Jure Romano allegari solent, non ad veritatem probandam, sed illustrandam pertinent, *vid.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 1198.*

§. 4. Delictum constituit lex, & malitiosa delinquentis voluntas. Ita nonnulli docere solent, *vid.* LAUTERB. *C. J. de priv. del. lit. C. de furt. lit. C.* Sed illa non recte conjunguntur ac eadem classe censentur. Dicendum potius, quod à voluntate hominis, delictum dependeat, ejus vero moralitas & effectus, obligatio scilicet ad damnum resarciendum & pœnam, ex lege sit.

S §. 5. Ad

§. 5. Ad delictum ergo requiritur (1.) *voluntas* i. e. dolus vel culpa, hinc factum casuale, delictum non est, *v. l. 31. ad L. Aquil. l. 1. 5. C. ad L. Cornel. de sicar.* Dolus est *liberum propositum agendi contra legem*, & nihil refert, sive directo quid intendamus, sive ex eo, quod intendimus, aliquid sequi possit & soleat, *v. l. 6. C. ad L. Jul. de vi publ. l. 15. ad L. Cornel. l. 38. §. 5. de pœn.* CARPZ. *Pr. Crim. qu. 1. n. 28.* OBSERV. LAUT. *Obs. 1337. 1338.* Quodsi autem mens hominis, caussis nonnullis, licet non plane excusandis, in vita tamen civili toleratis, impellatur, tum agens vix doli reus censeri potest. Culpa est *voluntas liquidæ destinationis expers*, dum quis circumstantias vel ignorat ignorantia vincibili, vel eas negligenter æstimat, vel caussis quibusdam ad agendum movetur. Cum doli & culpæ distinctio, aliquando sit lubrica & anceps, in dubio, in mitiorem partem propendere debemus.

§. 6. Debet autem voluntas erumpere in *actum externum*, nam alias delicti, in foro civili puniendi, rationem non habet; Cogitationis igitur pœnam nemo luit, *v. l. 1. §. 1. de furt. l. 18. de pœn. l. 225. de V. S.* ex quo consequitur, quod nulla delicta, quæ in animo consistunt, nec, ad sui perfectionem, actum externum requirunt, delictorum punibilium classe censeri queant, contra quod tamen vulgo niti solent. Propalatio delicti, in animo consistentis, nonnunquam pœnis humanis subjacet. Illud autem nihil refert, sive actus externus omittatur, sive suscipiatur, quemadmodum etiam *Conatus*, delictum punibile est, nec tamen semper puniri solet aut debet, *vid.* LAUTERB. *C. J. de priv. del.* CARPZ. *Pr. Crim. qu. 2. n. 51. qu. 61. n. 2. 3. 4. qu. 71. n. 48. qu. 88. n. 3. qu. 91. n. 31.*

§. 7. Quo vero constet, actum externum esse illicitum (2.) *lege* opus est, juxta cujus præscriptum ejus moralitas æstimetur; Intelligitur autem talis lex, quæ actus externos respiciat, adeoque imperio civili subsit, nam si ad internos pertineat, tum libere solum illa est recipienda, hinc nemo normam violasse, ac delictum commisisse, dici potest, in cujus arbitrio fuit, normam illam admittere vel rejicere, hactenus, ut vi humana justa, ad eam amplectendam, cogi non potuerit.

§. 8. Delictum committunt, qui usu rationis gaudent ac delinquendi propositum, vel directum vel indirectum, habent; brutorum igi-

igitur, infantum, amentium & vere errantium nulla sunt delicta, id quod communis ratio omnibus hominibus insinuat. Ex qua etiam patet, quod nonnulla, ut ætas, simplicitas, coactio, quodammodo excusent ac pœnæ mitigationem exigant, id quod passim Scriptores illustrant, *vid.* LAUTERB. *C.J. de priv. delict. lit. S.*

§. 9. An ebrietas quoque in illum censum sit referenda, non satis liquet. Si illa sit vere involuntaria & summa, ebrium plane excusandum, ac omnem culpam in eum, qui ebrietatis causa est, transferendam esse, certum videtur. Si quis vero perpetrandi delicti causa, quo scilicet animosior audaciorque reddatur, ebrietatem contrahat, is nullam meretur excusationem. Si denique, sine intentione delicti committendi, quis se inebriet, ac ebrietas rationem penitus opprimat, pœnæ mitigationem quandam, illa videtur operari, nam eam non semper sequitur delictum, præterea illa, in vita civili, licite contrahitur, hinc delictum aliquando secutum, non tam dolosum, quam culposum est.

§. 10. Delinquitur contra leges, ac personas & res, de quibus hæ loquuntur, & si delictum legitime probetur, quam probationem communes socialitatis regulæ exigunt, *add. l. fin. C. de probat.* tum delinquens obligatur ad damnum resarciendum, si quod dedit, & ad pœnam, ab Imperante legitime decretam, excipiendam. *add.* LAUTERB. *d. l. lit. O.*

§. 11. Distingvuntur delicta (1.) à *voluntate delinquentis* in *vera*, quæ dolo, & *quasi delicta*, quæ culpa committuntur, quæ divisio non juris Romani, sed Gentium est, ac hodie quoque obtinet, (2.) à *diverso puniendi & procedendi modo*, in *publica* & *privata*, quæ tamen divisio aliter de jure Romano, aliter moribus nostris, intelligenda est.

§. 12. Jure Romano publica delicta sunt, *quæ speciali lege notata, singulari processu vindicabantur;* Privata vero, *circa quæ actiones & judicia privata occurrebant, ac pœna exacta, utplurimum læso applicabatur.* Hæc iterum erant vel *privata in specie*, vel *extraordinaria* eaque vel *antiqua sive regularia*, vel *recentia sive irregularia.*

§. 13. Sed hodie publica delicta sunt, *ob quæ pœna publica*, i. e. cujus emolumentum non sentit læsus, *imponitur*, Privata autem, *quæ sequitur pœna privata, læso applicanda.* Ex quibus duo sequuntur

primo, delicta publica & extraordinaria, hodie coincidere; *secundo*, numerum delictorum publicorum, longe majorem esse, quam de jure Romano; Imo non immerito omnia delicta, hodie pro publicis habentur, & divisio, qua in publica & privata, illa separantur, ob nonnullorum, delicta & pœnas privatas adhuc asserentium, præjudicia, saltem notanda videtur, *vid.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 1199. 1232. 1285.*

§. 14. Præterea (3.) à *forma* distingvuntur delicta in *uniformia*, quæ eandem semper habent naturam, ex certo aliquo objecto resultantem, v.g. furtum, homicidium, & *multiformia*, quæ varia habent objecta, ac in plures se componunt formas, ut stellionatus, falsum, (4.) *à judicis diversitate* in *Ecclesiastica, secularia* & *mixta*; ista iterum in *civilia* & *militaria* distingvi possunt. Dantur quoque aliæ circumstantiæ, à quibus alias delictorum divisiones repetere licet, sed operæ non est pretium, omnes istas consectari minutias, *add.* CLASEN. *ad Nemes. Carol. in prolegom.*

§. 15. Illa tamen divisio, qua (5.) ab *objecto generali*, delicta discernuntur, quod vel *hominem ipsum*, vel *alios*, vel *Deum* respiciant, non negligenda videtur. Ad primam classem non adeo multa referri possunt, nam licet homo multis modis, in seipsum peccare soleat, dum animum non excolit, aut sanitatem corporis ebrietate, nimia Venere vel aliis modis imminuit, attamen eorum in vita civili, nulla vel exigua ratio haberi solet, hinc fere unicum, idque rarius, *Propricidium* scilicet, quo desperati homines sibi ipsis violentas manus inferunt, huc pertinet.

§. 16. Secunda classis, fœcunda est, nam in proximum varia ratione delinquitur: Forte non inconvenienter, intuitu *hominum, inter se conversantium, propagandorum* & *mortuorum*, delicta illa recenseri possunt. In *conversatione civili*, vel *singuli homines*, vel *integra universitas, aut plura ejus membra* læduntur.

§. 17. Delicta *singulos* afficere solita, vel respiciunt *vitam*, ut homicidium cum suis speciebus, vel *religionem*, nempe hierotyrannis, vel *membra* ac *sanitatem*, ut vulneratio, vel *existimationem*, scilicet injuria, vel *bona*, ut furtum, damnum, rapina, stellionatus, concussio, & si quæ alia hujus generis occurrunt, vel *plura simul, aut modo hoc, modo aliud objectum*, ut plagium, prævaricatio, calumnia, latrocinium,

falsum,

falsum, facinorosorum receptatio, & ejus generis alia. Delictorum vero *Universitatem* lædentium, exempla sunt crimen læsæ Majestatis, tyrannis, crimen fractæ pacis, diffidatio, Scopelismus, annonæ vexatio, carcerum effractio, ambitus, Simonia & similia.

§. 18. Quoad *hominum propagationem, eique surrogandum membrorum genitalium usum*, occurrunt delicta carnis, nempe fornicatio, stuprum, adulterium, incestus, Sodomia, lenocinium, abortus procuratio, bigamia, raptus & similia. Intuitu autem *mortuorum*, sunt crimen sepulchri violati aliaque in defunctos commissa crimina.

§. 19. Tertiæ classis delicta summatim ad quatuor species revocari posse videntur, nempe *Impietatem, Hæresin, Infidelitatem* & *Atheismum*, quæ tamen non eo fine recensentur, quasi, in vita civili, indistincte crimina sint, ac pœnis humanis subjaceant, sed quod, ex vulgaribus præjudiciis, pro talibus habeantur. De singulis autem delictis hic indicatis, in locis propriis agendum erit.

CAPUT XV.
DE POENIS.

SUMMARIA.

§. 1.


X delictis oriri obligationem ad *damnum resarciendum* & *pœnam*, paulo ante diximus. Circa primum effectum, generali aliqua tractatione opus non videtur, nam & obligatio satis certa est, & termini facile intelliguntur, ut specialis

cialis

cialis ejus expositio, in locis propriis, sine difficultate fieri queat. Aliter se res habet, quoad effectum secundum, nam pœnæ natura & moralitas est satis involuta, ut omnino generalis aliqua disquisitio præcedere debeat, antequam speciales pœnæ, in suis sedibus, adducantur, nam ordo juris Romani, quo generalis doctrina, in fine fere Jurisprudentiæ, instruitur, postquam sexcentis in locis, variæ pœnarum species erant adductæ, dubio procul inconcinnus est.

§. 2. Pœna est, *malum, quod, ob delictum, præter damni reparationem, delinquenti, ad illud excipiendum, obligato, ad securitatem & utilitatem societatis humanæ, ab Imperante, illique subordinatis Magistratibus, legitime imponitur.* Ex qua definitione, uti facile apparet, quæ mala pœnæ rationem non habeant, ita in specie inde intelligitur, quod pœna testamentaria & conventionalis, proprie pœna non sit, sed potius præstatio, ex actu licito profecta.

§. 3. Pœna non eo fine est imponenda, *quo delinquenti ægre fiat,* hujus enim intentionis nulla est utilitas, adeoque illa inhumana & illicita censenda est, qui igitur nihil nisi dolorem spectant, illi vilem pravumque animum satis ostenduut, ac ipso delinquente non sunt meliores. Semper igitur ad *bonum futurum mediisque humanis obtinendum,* pœna dirigenda est, & videtur commodissime legitimus pœnarum finis exprimi posse, si dicas, principalem esse, *securitatem societatis humanæ,* subordinatos, *delinquentis emendationem, enervationem* vel *exstinctionem,* nec non *aliorum territionem.*

§. 4. Jus puniendi inhæret *Rebuspublicis* & *Imperantibus,* non vero *privato* aut *pari,* his enim non competit judicium de fine pœnarum, præterea delinquente regulariter viribus illi non sunt majores, hinc nec jus puniendi iis asseri potest. Inter pares igitur, tantum obtinet bellum, & mala bellica, ob alterius resistentiam, regulis pœnalibus haud sunt adstricta. Quodsi vero læsus adversarium ita in angustias redigat, ut resistere hic amplius nequeat, tum, jure & potentia, ejus velut redditur Imperans, hinc jus puniendi, isto casu ei tribuere, nil vetat, certe par est, ut is, in malis inferendis, leges pœnales observet.

§. 5. Non tantum autem *possunt,* sed & *debent* Imperantes delicta punire, obligantur enim, hoc nomine, per legem naturalem, Deo & Rei-

& Reipublicæ, non tamen absolute, sed prout utilitas societatis civilis id exigere videtur, hinc jus aggratiandi cum illa obligatione consistere potest, nisi Deus lege positiva universali pœnam aliquam præcise imponi jusserit. Aliquando etiam lex naturalis pœnas, aut earum imponendarum modum, prohibet, quam prohibitionem sæpe negligunt homines, ac palliandæ injustitiæ, alteram illam obligationem prætexunt.

§. 6. Puniri autem debet *delinquens*, qui ad pœnam excipiendam eatenus obligatus merito dicitur, ut ei deprehenso, ob delictum punibile & legitime probatum, illa, in debita quantitate, citra injuriam, queat imponi, cum enim permissa impunitas aliis animum ad patranda scelera, sit datura atque ita publico nocitura, hinc merito, coercendis delictis, pœna infligitur, quamobrem sanctio pœnalis, ex justis causis, oritur, adeoque delinquentem, ad pœnam sustinendam omnino obligat, ut ille queri non possit, secum inique esse actum.

§. 7. Tantus autem obligationis rigor, ut delinquens se ipsum deferre, aut nihil omnino, pœnæ declinandæ causa, facere debeat, frustra asseritur, nam *impunitas per se* publico non nocet, sed *publice permissa* demum damnum affert, hinc Imperantes quidem iisque subordinati Magistratus omnibus modis hoc agere debent, ne delinquentes, sine causa, sint impuniti, ast delinquens ad pœnam, suo velut jumento sibi attrahendam, haudquaquam obstringitur.

§. 8. Alios vero ob delictum alienum non esse puniendos, licet iis arcta cum delinquente intercedat conjunctio, communes socialitatis regulæ facile ostendunt, *v. l. 3. l. 26. ff. l. 22. C. de pœn. l. 2. §. 7. de decur. l. 9. de Senator.* & mera crudelitas est, quæ exstat in *l. 5. C. ad L. Jul. Maj. v.* OBSERV. LAUTERB. *Observ. 1303. 1304.* Pœna tamen pecuniaria hæredibus quandoque non inique imponitur, *v. c. 11. §. 31. 32. 33.* quemadmodum etiam non infrequens est, ut quis, occasione delicti alieni, damnum vel voluntarium, vel fortuitum sentiat.

§. 9. Imponitur pœna ob *delictum*, quædam tamen delicta ab hominibus jure puniri *non possunt*, quædam *non solent*, quædam *semper non debent*. Ad primam classem pertinent *delicta religionem concernentia*, sicut enim religio imperio humano non subest, ita delicta circa eam commissa, quæ sæpe etiam talia non sunt, sed à nonnullis saltem pro talibus venditantur, pœnis humanis non subjacent,

acce-

accedit, quod illa per se societatem humanam non lædant, ex quo tamen jus puniendi humanum unice derivari debet.

§. 10. Ad eandem classem referenda delicta, *quæ in solo animo consistunt, nec, ad sui perfectionem, actum externum requirunt*, qualia potissimum sunt, quæ quis contra religionem, à se agnitam probatamque committit, licet enim delinquens, postquam delicta illa indiciis externis innotuerunt, juxta propria principia convinci queat, quod male egerit, hominibus tamen jus puniendi non competere, non tantum inde liquet, quod illa delicta societatem humanam non lædant, sed & quod, clam iis, perfecte committi possint, qua nota, à delictis sensualibus, manifeste distingvuntur. Quodsi tamen actum aliquem externum illa habeant adjunctum, tum castigationi humanæ subsunt.

§. 11. Ad secundam classem spectant delicta, *quibus non tam læsio infertur, quam bonum saltem negatur*, qualia sunt inhumanitas & ingratitudo; *pravi affectus, quamdiu in actus enormes, non erumpunt, utut alias satis sint noti*, ut avaritia, ambitio, superbia, iracundia & similes: Denique *vitia inolita, ac publica velut autoritate probata*, qualia sunt ebrietas, otium ignavum, luxus, prava ludendi consvetudo, ambitus, temerariæ lites ejusque generis alia.

§. 12. Tertiam classem constituunt *delicta punibilia & puniri solita*, nam hæc non semper puniri debent, sed aliquando delinquentibus *venia* recte conceditur. Cæterum sicut hæc cessat, si lex divina universalis pœnam præcise imponi jubeat, ita, si lex dispensabilis adsit, non aliter quam ob justas causas venia est concedenda, hæ vero summatim vel à *pœna*, si durior forte sit, vel à *delicto*, si v. gr. paucis cognitum, vel à *delinquente*, si aliqua ejus merita, aut aliæ circumstantiæ, clementiam provocantes, occurrant, desumendæ esse videntur.

§. 13. Sicut autem jus tollendi vel mitigandi pœnam originarie est penes Imperantem, ita posterius Magistratibus subordinatis, aliquo modo, quoad pœnam arbitrariam, delegari solet, ut v. g. pœnam relegationis, imo fustigationis, ex nonnullorum sententia, in pecuniariam convertere queant, *v.* CARPZ. *Pr. Crim. qu.* 150. Quodsi autem circumstantiæ, quas lex requirit, in aliquo facto non occurrant, tum non dispensatur, sed, illud sub lege non comprehendi, genuina interpretatione ostenditur.

§. 14. Pœ-

§. 14. Pœnæ nomine imponitur *malum*, id quod uti vitam, corpus, membra, exiſtimationem vel bona afficere, ac delinquens illud, agendo vel patiendo, ſentire poteſt, ita, ſi cum regulis juſtitiæ & prudentiæ convenire debeat, duo ad illud requiruntur: (1) *ut finem pœnarum producere aptum ſit* (2) & *delicto conveniat*, utriusque igitur, in legibus pœnalibus ferendis, Imperans rationem habere debet.

§. 15. Quæ mala ad finem producendum ſint idonea, aut ad eum non pertingant, vel etiam effectum plane contrarium habeant, id judicatu non adeo eſt difficile. Ad inveniendam vero delictorum & pœnarum proportionem, tum illorum *quantitas*, tum *delinquendi facilitas & conſvetudo*, tum denique *perſonæ delinquentis, ad ſuſtinendam pœnam, aptitudo* ſpectari, idque omne ex rationibus *utilitatis publicæ* æſtimari debet, quæ res licet ad ἀκρίβειαν mathematicam exigi nequeat, ad uſum tamen vitæ civilis, ſi pravi affectus abſint, bene ſatis conſtitui poteſt.

§. 16. Illud certum, quod juxta *legem Moſaicam particularem*, vel *talionem*, pœnarum determinatio præciſe non ſit facienda, multo minus, ad iſtam rem expediendam, ſtribligine Scholaſtica, de *proportione arithmetica & geometrica*, quam nonnulli hic adſpergunt, opus ſit. Cæterum dicta pertinent ad Imperantes, nam inferiorum Magiſtratuum ſaltem eſt, leges latas ad factum rite applicare; Quoad pœnas tamen arbitrarias, antea dicta ad hos etiam applicari poſſunt, *v. l. 1. §. 4. ad SC. Turpill. l. 15. pr. in fin. ad municip. l. 1. §. 1. de fer. Nov. 82. c. 10.*

§. 17. Quo autem eo minus, in pœna decernenda, aberrent judices, communi Germaniæ conſvetudine invaluit, ut ex conſilio JCtorum, ſententiam dicere debeant, *v. art. fin. Ord. Crim. Carol.* CARPZ. *pr. Crim. qu. 116.* cujus inſtituti in genere, quoad omnem ſcilicet juſtitiæ adminiſtrandæ rationem, ſua ſunt commoda & incommoda. Quod ſi pœnam vel nullam, vel leviorem, quam cauſa poſtulabat, irrogent judices, infamia vel talione puniuntur, *l. 8. §. 2. C. de vi publ. l. fin. C. ne ſanct. bapt. reiteret. l. 1. C. de priv. carc.* quorum hodie nullus videtur eſſe uſus.

§. 18. De eo ſeorſim quæri poteſt, an Imperans mortis ſupplicium delinquentibus irrogare queat? ut homicida doloſus tali pœna

coerceatur, id nullam in se habere iniquitatem, satis manifestum est, etiamsi à S. Scriptura abstrahamus, nam, per modum velut talionis tantum mali ei imponitur, quantum ipse aliis intulerat; sed non minus, quoad alia etiam delicta, idem recte asseritur, nam salus publica & multorum securitas, vitæ delinquentium præferenda, maxime cum quivis, delictum omittendo, casum illum evitare ac vitam conservare queat.

§ 19. Interim vix dubitandum videtur, quin ultimum supplicium sæpe largius dispensetur, quam regulæ æquitatis permittant, hinc, nisi Respublicæ utplurimum essent morbidæ, ac pecunia, ad pœnas rite dirigendas, adhibenda, in res vanas noxiasque prodigeretur, incruenta supplicia majori cum fructu sæpe adhiberi possent, inprimis cum homines desperati, mortem minus quam duriores labores reformidare soleant. *add.* PUFEND. *de J. N. G. l. 8. c. 3. §. 23.* CARPZOV. *Pr. Crim. qu. 101.*

§. 20. *Modus* imponendi pœnam, in his summatim consistit: (1) hoc agant Imperans eique subordinati Judices, quo delinquentem in suam redigant potestatem, quod carcere, custodibus ac salvo conductu obtineri potest, (2) de eruenda delicti veritate debent esse solliciti, hinc omnia legitima probandi media adhibenda sunt. Quodsi de delicti veritate constet, tum (3) pœna conveniens dictanda, reo tamen, quoties æquitas postulat, defensio quoque concedenda est.

§. 21. Si rata maneat pœnalis sententia, tum (4) in conspectu populi regulariter executioni est danda, nec supplicium differendum, nisi vel aliorum jus vel ipsius delinquentis conditio, vel prudentiæ dictamina dilationem aliquam exigant. Quodsi delinquenti moriendum sit, ea adhibenda erunt media, quo bene moriatur, qua de re in processu criminali, iterum dicendi erit occasio *v.* CARPZ. *Pr. Crim. qu. 137.*

§. 22. Excluditur pœna (1) *morte rei*, aliquando tamen etiam contra mortuum extenditur, *v.* CARPZ. *Pr. Crim. qu. 131. n. 27.* quandoque ad hæredes transit, *v. §. 8.* (2) *veniæ concessione*, *v. §. 12. 13.* quæ vel *specialis* & *consequens*, qua pœna delinquenti remittitur, vel *generalis* & *antecedens*, qua, post lapsum certi temporis, delinquentes

pœnæ

pœnæ ſubjici vetantur, quæ *Præſcriptio* audit, de qua alibi dicendum.

§. 23. Uti autem varia mala, pœnæ nomine, imponuntur, ita hujus etiam aliqua eſt varietas, nam (1.) ab *objecto* diſtingvi illa poteſt, quod *vitam, corpus, exiſtimationem* vel *bona* reſpiciat, (2.) ab *autore*, in pœnam *juris divini* & *humani*, (3.) ab *impoſitionis diverſitate*, in *principalem*, quæ primario imponitur, & *acceſſoriam*, quæ illi cohærere ſolet, (4.) ab *adjuncto* in *Honoratam* & *Inhonoratam*. *v.* PUFEND. *de J. N. G. l. 8. c. 3. §. 25.*

§. 24. Uſitatiſſima vero eſt diviſio pœnæ, (5.) in *ordinariam*, quæ legibus definita eſt, & *extraordinariam*, cujus definitio Magiſtratuum arbitrio, prudentiæ & juſtitiæ committitur, *v. l. 1. §. 1. de effract. l. 11. 13. de pœn.* quæ, ſi juſtæ rationes hoc ſvadeant, ad mortem etiam extendi poteſt, *v. l. 9. de extraord. crim. l. 7. §. 3. ad L. Jul. repet. Nemeſ. Carol. art. 112. 113.* THEODOR. *Coll. Crim. c. 10. aph. 2. n. 32.* (6.) in *civilem*, quæ actori adjudicatur, & *criminalem*, quæ publicum intereſſe reſpicit, *l. 9. §. 5. de publican. §. 10. l. de injur. add.* THEODOR. *d. tr. c. 5. aph. 6. n. 5.*

§. 25. Sed ultima diviſio, juxta uſum Germaniæ, aliter formanda & intelligenda eſt: Nempe pœna eſt vel *privata*, quæ læſi lucro eſt, quæque rariſſime occurrere videtur, *v. c. 14. §. 13.* vel *publica*, quæ publicas rationes reſpicit, nec ad læſi commodum pertinet. hæc eſt vel *civilis*, quæ corpus non afficit, *die nicht auf haut und haar gehet*, vel *criminalis*, quæ corpus affligit, *die an haut und haar gehet.*

§. 26. Pœnæ ergo *Civilis* ſpecies ſunt pœna pecuniaria, carceris, confinatio, relegatio perpetua & temporalis, infamia, detruſio in monaſterium, numellæ & ejus generis aliæ. *Criminalis* eſt vel *capitalis*, qua tollitur vita naturalis, ut decollatio, ſuſpendium, ſupplicium rotæ, ſuffocatio in aquis, combuſtio, diſſectio in partes, vivi defoſſio, diaſpendon, *v.* BROID. *ad Pollet. hiſtor. for. Rom. l. 5. c. 19.* ſimilesque vel *non capitalis*, quæ corpus affligit, ſalva vita, ut fuſtigatio, abſciſſio auris, digitorum, lingvæ aut manus, membrorum extenſio ſive tratto di corda, aliæque, *v.* CARPZOV. *Pr. Crim. qu. 102. 128. 129. 130. add.* LAUTERB. *C. J. de pœn.*

§. 27. De cætero maximus pœnarum humanarum eſt abuſus, ſive earum conſtitutionem, ſive applicationem ſpectes, de quo uti prolixe diſſerere, inſtitutum non patitur, ita in genere ejus quatuor

species esse videntur. Vel enim (1.) *pœna imponitur, ubi jus puniendi plane non est*, dum scilicet delictum revera non est admissum, aut naturâ suâ non est punibile, vel, posito jure puniendi (2.) *malum, producendo fini inidoneum, adhibetur*, hoc nomine pœna infamiæ, relegationis, abscissionis membrorum, & sæpe pecuniaria ac carceris improbari potest.

§. 28. Vel (3.) *supplicia nimis acerba irrogantur*, hinc horrida illa pœnarum capitalium genera, suffocatio in aquis, vivi defossio similiaque merito, ut inhumana nullumque legitimum finem habentia, rejiciuntur. Vel denique (4.) *pœnarum in se legitimarum impositio, prosopolepsia aliisque pravis affectibus corrumpitur.* Labore, &, si delictum exigat, mortis supplicio non dolorifico, delinquentes erant coercendi, cætera ethnicismum aut papatum redolent, vel Respublicas morbidas arguunt.

§. 29. Interim, si delinquens pœnam promeritam excipiat, *justus* dici potest, sed justitiâ parum splendidâ, ut justior omnino sit, qui illum exercendæ justitiæ casum evitat. Porro Magistratus, si pœnas legitime imponant, *justi* quoque sunt, an vero, in irroganda pœna commutativam, distributivam, vel nescio, quo elogio mactandam justitiam observent, ea inepta negligendaque quæstio est. Quodsi obligationem suam negligant, *injusti* sunt, cujus injustitiæ species solent esse *nimia lenitas*, hacque frequentiores, *crudelitas*, *avaritia* & *prosopolepsia. vid.* OBSERV. PUFEND. *Observ.636.seqq.* OBSERV. LAUTERB. *Observ.1376.seqq.*

CAPUT XVI.

DE ACTIONIBUS ALIISQUE REMEDIIS FORENSIBUS.

SUMMARIA.

Transitus ad remedia coactiva §. 1.
Ambiguitas actionis §. 2.
Natura & usus §. 3. 4.
Fundamentum §. 5.
Earum divisio à lege §. 6.
Secunda à jure §. 7.
Quo sensu actiones sunt reales & personales §. 8. 9. 10. 11. 12.
Nativæ & dativæ, quæ distinctio rejicitur §. 13.
Tertia divisio principalis à subjecto §. 14.
Quarta ab objecto §. 15. 16.
Quinta à diversa interpretatione §. 17.
Sexta ab effectu §. 18.
Septima à fine, octava à duratione §. 19.
Nona à diversitate initii, decima à varietate processus §. 20.

Imple-

§. 1.

SCopus Jurisprudentiæ est, ut homines actiones suas legibus attemperent, adeoque virtuosi & bene morati suo modo evadant. Cum vero sæpe, ad illum finem, actiones ultro non componant, hinc *pœnæ*, de quibus hactenus, aliaque *remedia coactiva*, quibus vel ad officium implendum adigantur, vel, ob neglectum, coercioni subjiciantur, invaluerunt, de quibus deinceps dicendum erit, nam id facile constat, ordinem Juris Romani, quo pene, ad Disciplinæ calcem, ea res rejicitur, nulla niti ratione, cum enim circa singula fere jura, per universam Jurisprudentiam diffusa, peculiare aliquod remedium coactivum occurrat, generalis utique eorum doctrina præsupponenda est.

§. 2. Persequimur autem id, quod vel nobis, vel Publico debetur, hinc remedia sunt *Civilia* vel *Criminalia:* Illa, *actionum* nomine veniunt. Actio sæpe sumitur pro *jure agendi*, vid. *l.51. de O. & A. pr. I. de action.* HILLIG. *ad Donell. l.19. c.1. lit. D.* sed, si ut remedium forense spectetur, pro *juris allegatione* accipienda est, *v. l.25. de O. & A. l.12. de reb. dub.* BACHOV. *de action. disp.1. §.25.* de cætero jure Romano, nunc in sensu latiori, nunc strictiori, eadem supponitur, *v. l. un. C. quand. act. civ. crim. l.25. 28. 37. 51. de O. & A. l.34. l.178. §. 2. de V. S. l. 1. §. 1. de extraord. cognit.* LAUTERB. *C. J. de O. & A.* quæ hodie nullum vel exiguum habent usum.

§. 3. Ex communi Gentium Germaniæque usu, Actio est *juris nostri allegatio, eo fine in Judicio competente facta, ut obtineamus id,*

ad quod jus nobis competit. Dantur actiones contra eos, qui actori non subsunt, imperio tamen civili sunt subjecti. Imperantes qua tales *amicabili compositione*, &, hac cessante, *bello* lites suas definiunt. Cum subditis suis Imperans agit per *mandata*, sicut illi ab Hoc, *precibus* juris sui usum petere debent.

§. 4. Aliquando tamen Imperantes, controversias, quæ ipsis vel cum aliis, vel subditis suis, intercedunt, *arbitris*, vel *propriis judiciis* submittunt, ita quidem, ut consveto processu illæ definiantur. Hoc respectu, etiam quoad Imperantes, actionum forensium est usus, iis tamen nihil nisi *juris declaratio* quæritur, adeoque à consvetis actionibus, quæ & *juris declarationem* & *sententiæ latæ executionem* exigunt, illæ utique sunt distinctæ. Quodsi Imperans certo respectu, alterius imperium agnoscere debeat, id quod in Statibus Imperii Germanici accidit, tum ejus respectu, actiones propie dictæ locum inveniunt.

§. 5. Illud autem facile liquet, actiones oriri ex *jure competente*, hoc ergo qui habet, de illis desperare non debet, hinc etiam haud existimandum est, quasi illarum veritas ex jure Romano dependeat, adeo, ut hoc remoto, nullæ futuræ sint actiones, quam superstitionem jam notavi in SPECIM. JUR. PUBL. *l. 7. c. 6.* Utrum vero jus ad producendam actionem, profuturum, ex lege naturali vel civili, nobis competat, id una regula definiri nequit, sed modo illud, modo hoc dicendum erit, hinc etiam doctrina, qua *actiones jure Gentium inventa* esse perhibentur, inanis est. *vid.* OBSERV. LAUTERB. *Observ. 1142.*

§. 6. De cætero actiones varie distingvuntur, de qua re, fere juxta ductum LAUTERBACHII *in C. J. de O. & A.* breviter agemus. Distingvuntur ergo Actiones (I) à *Lege* (1.) in *Civiles*, quæ ex legibus civilibus, & *Prætorias*, quæ ex jure prætorio oriuntur, §. 3. *I. de action. l. 25. §. fin. de O. & A.* Cujus divisionis in Germania nulla est utilitas, si de *autoritate* & *effectu* actionum quæratur, cum omne jus Romanum, apud nos, ut receptum valeat, si vero de *duratione* quæstio sit, illa non plane negligenda videtur. (2.) in *directas*, quæ ex verbis legis, *utiles*, quæ ex ejus sententia, & *in factum*, quæ ex æquitate oriri creduntur, §. *fin. I. ad L. Aquil. conf.* THOMAS. *in not.* ad

ad Strauch. dissert. 19. §. 12. Sed hæc non est divisio, verum unius rei diversa denominatio, quæ & Romanis tandem otiosa visa, *l. 47. §. 1. de N. G.* & hodie dubio procul nullius usus est. (3) in *naturales* & *Civiles*, *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 1143.*

§. 7. Porro (II) à *Jure, ex quo proxime descendunt*, distingvuntur actiones in *Præjudiciales*, quæ ex jure personarum, & *Patrimoniales* (liceat eas ita dicere) quæ ex jure rerum oriuntur. Sic utique philosophantur, qui accuratissime istam rem exponere volunt. Sed uti jam in OBSERV. LAUTERB. *Obs. 1144.* illam distinctionem rejeci, ita aliud adhuc fundamentum, ex quo illa improbari queat, supra *c. 11. §. 16. 17.* adduxi, quia scilicet omnia jura (adeoque etiam personarum, quæ vocant) ad alios relata, sunt vel realia vel personalia.

§. 8. Potius igitur dicendum, quod juxta respectum allatum, actiones sint vel *reales*, quæ ex jure reali fluunt, ac contra possessorem dantur, vel *personales*, quæ ex jure personali descendunt, ac contra specialiter obligatum moventur. Illæ, stilo Juris Romani, *Vindicationes* & *Petitiones*, hæ *Condictiones*, ac aliquando *Actiones* audiunt, *v. §. 2. I. quib. mod. toll. oblig. §. 15. de action. l. 25. 28. de O. & A.*

§. 9. Duabus illis speciebus solent adjici actiones *mixtæ*, quæ scilicet reales & personales simul sint, ex *20. I. de action.* quas tamen alii iterum expungunt, mihi sic videtur: Concursus juris realis & personalis, est possibilis, adeoque actiones mixtæ esse possunt, probabile etiam videtur, quod nonnullæ revera pro talibus, à Romanis, fuerint habitæ, *arg. §. 3. 4. I. de obligat. quæ quas. ex contr.* junct. *§. 20. I. de action.* sed id omne ex inepta subtilitate habet originem, *vid.* HUBER. *posit. ad I. de O. Jud. n. 5. seqq. ad ff. de R. V. n. 15.* hinc operæ non est pretium, minutias consectari, verum omnes illæ actiones, quas mixtas dicunt, pro realibus possunt haberi, *v.* OBSERV. LAUTERB. *Observ. 201. 275. 283.*

§. 10. Velut species intermedia, etiam laudari solent actiones *personalis in rem scriptæ*, quæ, nisi fallor, in eo à mixtis differunt, quod hæ jus reale & personale præsupponant, illæ vero unice, ex jure personali, cui tamen effectus juris realis communicatus sit, descendant, quæ incomparabilis differentia est! Cæterum illas actiones, ex

erro-

errore Romanorum invaluisse, dum effectum, qui à dominio dependet, ad delictum retulerunt, plane arbitror, hinc etiam nulla apparet ratio, quare eas hodie necessarias aut utiles dicere debeamus.

§. 11. De cætero, quot sint actiones reales, ejus decisio dependet ex quæstione præjudiciali de numero jurium realium, de qua dixi *c. 11. §. 18.* Maxime celebratæ sunt *Rei Vindicatio*, sub qua actio finium regundorum, communi dividundo & Negatoria comprehendi possunt, *Confessoria*, *Hypothecaria*, *Hereditatis petitio*, cujus species variæ sunt, in specie eo referri potest actio familiæ erciscundæ, & *actiones possessoriæ v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 32. n. 4. 5. Obs. 1082. 1084. 1085. 1108.*

§. 12. Actiones personales potissimum ex delictis & contractibus oriuntur. Quodsi contractus sit bilateralis, nec tamen utrumque contrahentem æque principaliter obliget, tum actio altera, dicitur *directa*, quæ contra principaliter obligatum intenditur, altera, *Contraria*, quâ secundario obligatus convenitur. Si vero uterque æque principaliter obligetur, ut e.g. in emtione venditione, tum utraque actio, *directa* audit. Nomina illa non valde quidem sunt necessaria, semel tamen recepta retineri possunt.

§. 13 Solent etiam actiones, à fundamento, §. 7. relato, distingvi in *Nativas*, quæ præexistentem sufficientem habent materiam, ex qua descendant, & *Dativas*, quæ præcedentem sufficientem causam non habent, sed ex æquitate à lege dantur. Est autem illa distinctio, inter juris civilis interpretes, satis controversa, *v.* FIBIG. *Coll. legal. disput. 13. Semidecad. qu. 2.* BERGER. *in resolut. ad Lauterb. de O. & A.* Mihi, ex turbidis rerum moralium principiis ac præjudiciis Romanis illa dependere, adeoque minime necessaria videtur: omne jus agendi est ex lege, hæc tamen factum aliquod similemque causam præsupponit, hinc omnis actio dativa & nativa dici posset, si istis nominibus indigeret Jurisprudentia.

§. 14. A *Subjecto* (III) dividuntur actiones (1) in *transitorias*, quæ in hæredes transeunt, & *non transitorias*, quæ in eos non transmittuntur, *vid. c. 11. §. 25. seqq.* (2) in *Simplices*, in quibus unus litigantium saltem actor aut reus est, & *Duplices*, in quibus uterque actoris & Rei vice fungi potest. *v. l. 10. fin. reg. l. 44. §. 4. fam. ercis. l. 2. §. 1. comm. div.*

div. l. 13. 14. de judic. l. 37. §. 1. de O. & A. sed vix operæ pretium eſt, ex iſtis circumſtantiis diviſiones exſculpere, (3) in *privatas*, quæ ei dantur cujus intereſt, & *populares*, quæ omnibus ſubditis habilibus conceduntur, quales hodie in uſu non ſunt. *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obſ. 1283. 1284.*

§. 15. Ab *Objecto* (IV) Actiones varie diſtingvi poſſunt. Nimirum ab ejus *qualitate* dividuntur (1) in *petitorias*, quibus de proprietate ſimilive jure præcipue controvertitur, & *poſſeſſorias*, quibus de poſſeſſione diſceptatur, (2) in *Rei perſecutorias*, quæ id, quod ex patrimonio abeſt, *pœnales*, quæ pœnam privatam, & *mixtas*, quæ utrumque perſeqvuntur, *§. 16. ſeqq. I. de action.* quæ diviſio in Germania probabiliter non eſt recepta, ſed omnes actiones ſunt rei perſecutoriæ. *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obſerv. 1147.*

§. 16. Ab objecti autem *quantitate*, actiones ſunt (1) *univerſales*, quibus de rerum univerſitate, v. g. hæreditate, agitur, *generales*, in quibus de diverſis capitibus diſceptatur, & *ſingulares*, quæ rem ſingularem perſeqvuntur, *v. l. 38. pro ſoc.* (2) *certi*, quibus certum, & *incerti*, quibus incertum petimus, *v. pr. I. de V. O.* de utraque diviſione idem dicendum videtur, quod *§. 14. n. 2.* diximus, (3) *ſimpli, dupli, tripli* & *quadrupli*, vid. *§. 21. ſeqq. I. de action.* quæ diviſio eſt conſectarium ejus, quam *§. 15. n. 2.* retulimus, adeoque cum hac hodie ceſſat.

§. 17. Ulterius (V) à *diverſa interpretatione*, vel *circumſtantiarum æſtimatione*, actiones ſunt *bonæ fidei*, quas juxta æquitatem judex benigne interpretatur, *ſtricti juris*, in quibus, conventionum verbis ſtricte inhæret, inſuper habitis, quæ ſupervenerunt, circumſtantiis, & *arbitrariæ*, in quibus Rei, ſententiæ judicis non parentis, contumacia, graviori pœna coercetur, vel intereſſe loci æſtimatur, *§. 28. ſeqq. I. de action.* Illius diviſionis, ex proceſſu Romanorum formulario & pactis nudis, fere exortæ, nullum in Germania eſſe uſum, ſed eandem, in actionibus omnibus, circumſtantiarum æſtimationem, oſtendere conatus ſum in OBSERV. LAUTERB. *Obſerv. 1148. ſeqq.*

§. 18. Ab *effectu* (VI) actiones diſtingvi ſolent in eas, *quæ ſolidum*, & quæ *minus ſolido* perſeqvuntur. Regulariter actiones in ſolidum competunt, aliquando tamen earum vis imminuitur vel ob defectum conſenſus, *§. 38. I. de action.* vel beneficium competentiæ,

§. 39. 40. 42. *eod.* vel debitum reciprocum, quod compenſationi locum facit, §. 41. *eod.* vel aliam cauſam, qua jura imminui poſſunt & ſolent.

§. 19. A *fine* (VII) diſtingvuntur in *Principales*, quibus intentionem noſtram plene explicamus, & *Præparatorias*, quæ illis viam ſternunt, qualis eſt actio ad exhibendum, quæ, ſub habitu Romano, hodie non occurrit, *v.* LAUTERB. *C. J. ad exhib.* ibique *Obſerv.* 284. (VIII.) à *duratione* in *temporales*, quæ anno vel breviori tempore præſcribuntur, & *perpetuas*, quæ per longius tempus durant, *pr. I. de perpet. & temp. action.*

§. 20. Præterea (IX) à *diverſitate initii*, actiones poſſunt diſtingvi in *ultro motas*, quales ſunt regulariter omnes, & *provocatas*, quando futurus actor remedio ex lege *diffamari* vel, *ſi contendat*, ad agendum urgetur, circa quod inanis logomachia eſt, an provocans, pro actore, poſſit haberi, *v.* RICHTER *D.* 100. *n.* 5. *ſeqq.* (X) à *diverſitate proceſſus*, in *ordinarias*, quæ conſveta proceſſus prolixitate tractantur, & *ſummarias*, quæ ex æquo & bono peraguntur.

§. 21. Talis etiam eſt *imploratio officii judicis*, nam, in formali conceptu, cum cæteris actionibus utique convenit, hinc proprie quoque actio dici poteſt. Interim vulgo de hac re, tanquam valde difficili, diſputant, ac multi implorationem illam, actioni opponendam eſſe cenſent, *v.* LAUTERB. *C. J. de condict. ex leg. n.* 1. EKHOLT *ad ff. de cond. ex leg. §.* 1. *n.* 2. *de O. & A. §.* 31. *n.* 2. CARPZ. *p.* 1. *C.* 7. *D.* 27. RICHTER *D.* 100. *n.* 11. *ſeqq.* HILLIG. *ad Don. l.* 19. *c.* 1. *lit. P.* quæ tota concertatio, ex infelici obſoleti juris Romani *v. l.* 24. *§. fin. de minor. l.* 34. *l.* 178. *§.* 2. *de V. S.* applicatione & uſu, originem habere, adeoque, ad artis legulejæ & rabulariæ emblemata, pertinere videtur.

§. 22. Denique (XI) à *diverſo uſu*, actiones ſunt vel *regulares*, quæ juxta conſvetas juris regulas moventur, & *irregulares*, quæ præter eas, quandoque inſtituuntur. Talis in ſpecie eſt, *Denunciatio Evangelica papalis*, quæ dicitur *remedium extraordinarium, quo is, qui omnibus aliis actionibus deſtituitur, adverſarii peccatum, poſt præviam, ſed neglectam, admonitionem privatam, Eccleſiæ i. e. Epiſcopo, denunciat, ac, ut ille, ad implendum officium, mediante banno, adigatur, petit.*

tit. v. cap. novit ille *13. X. de judic.* Cujus *habitum*, *fraudes* ac *cessantem*, *in Terris Protestantium*, *usum* pluribus ostendi in SPECIM. JUR. ECCLES. *l. 1. c. 6. §. 50. seqq.*

§. 23. Jus Romanum in excogitandis, non actionibus, sed actionum nominibus, ultra modum, fuit ingeniosum. Eo pertinent actio, quam vocant, *Publiciana*, *Rescissoria*, *Pauliana*, *Exercitoria*, *Institoria*, *De in rem verso*, *quod jussu*, *de peculio*, *Tributoria*, *de eo quod certo loco*, ut & actiones *utiles*, nec non *generales*, quæ cum aliis concurrere dicuntur, *ut condictio Triticiaria* & plerumque *condictio sine causa*, nam hæ appellationes, non peculiares actiones notant, sed sunt saltem nova nomina, actionibus realibus & personalibus, proprio titulo jam gaudentibus, ob intervenientes nonnullas circumstantias, applicata.

§. 24. Poterat quidem totus ille variorum nominum apparatus, innoxius videri, sed revera non levi incommodo affecit Jurisprudentiam, nam à solida cognitione abducit, dum falso interpretes imbuit præjudicio, quasi sub illis nominibus, peculiares lateant actiones, hinc de earum natura, fundamento, requisitis & concursu, multa inepte & otiose disputantur. In foro autem, quin litibus ansam præbere, ac processibus moram afferre queat, si in vitilitigatores, præjudiciis legulejis occupatos, incidat, dubitandum non videtur, qua de re, in locis propriis, explicatius agam.

§. 25. De *concursu* actionum, involuta censetur esse disquisitio, sed si habitum jurium, obligationumque iis respondentium, probe expendamus, res facile explicari potest. In genere duo casus sunt distingvendi, vel enim quæritur (1.) de concursu actionum, ex diversis causis, iisque vel plane separatis, vel connexis *v. l. 27. ad L. Aquil. l. 2. pr. §. 1. de priv. del.* descendentium, vel (2.) circa eandem causam se exserentium.

§. 26. Primo casu, uti manifestum est, quod actiones *contrariæ*, v. g. querela nullitatis & inofficiosi testamenti, aut quarum altera, alteri est *præjudicialis*, v. g. Rei Vindicatio & Confessoria, *vid. l. 16. de except.* imprudenter conjungantur, ita *diversæ*, v. g. emti, locati, mutui, naturâ suâ cumulari possunt, hinc etiam hoc tamdiu dicendum, quamdiu restrictio probari nequit. De jure civili plures actiones

cumulari potuisse, aliqui certum existimant, per *l. 52. §. 14. pro soc. l. 10. de A. E. V. l. 25. §. 3. 5. fam. ercisc. l. 11. de Jurisd. l. fin. C. de ann. except. v.* MARTIN *ad O. P. S. tit. 5. §. 3.* aliis tamen dissentientibus, *v.* ECKHOLT. *ad ff. de edend. §. 9.* Hodie, quousque cumulatio admittatur, ex Ordinationibus processualibus petendum est, *v.* LAUTERB. *C. J. de edend. lit. C. n. 5. ibique citat.*

§. 27. Secundo casu, si quis (1.) *ad diversas præstationes subordinatas obstrictus sit, tum actiones ita cumulari possunt, ut iis successive sit satisfaciendum.* Hoc ergo modo cumulantur actiones præparatoriæ & principales, *v. l. 7. §. 1. de cond. furt.* Si vero (2.) *ratione unius rei, vel plurium alternative, obligetur, tum actiones concurrunt elective, adeo ut, si per unam Creditor suum sit consecutus, altera cesset, l. 43. §. 1. de R. J.* Hoc modo igitur concurrunt duæ rei persecutoriæ, *§. fin. I. de oblig. quæ ex del.* & regulariter duæ pœnales, *l. 6. 7. §. 1. de injur. l. fin. de priv. del. l. 56. §. 1. l. fin. de furt. l. 2. §. 1. vi bon. rapt.*

§. 28. Quodsi vero quis (3.) *ad duas præstationes conjunctim sit obstrictus, tum actiones cumulative concurrunt, vel una, post alteram, institui potest.* Hac ratione concurrunt rei persecutoria & pœnalis, *l. 7. §. 1. de cond. furt.* nisi forte pœna, ut accessorium damni restitutionis, spectetur, tum enim, hac facta, illa amplius exigi nequit, de quo tamen, in hypothesi, disputatum esse, liquet ex *l. 7. §. 1. commod.* & *l. 34. §. fin. de O. & A. v.* HILLIG. *ad Don. l. 21. c. 3. lit. P. Q. add.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 393.*

§. 29. Eodem etiam modo aliquando concurrere possunt duæ pœnales actiones, nam si Legislatori visum fuerit, duas pœnas, in idem delictum constituere, adeo ut simul sumtæ, adæquatam contineant coercitionem, tum ambæ etiam conjunctim, vel simul vel successive, exigi possunt, *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 1238. 1239.* Aliud exemplum est in pœna pecuniaria minori & majori, hinc post illam, hæc, quatenus plus continet, exigi, adeoque v. g. post actionem furti non manifesti, actio vi bonorum raptorum, vel post hanc, actio furti manifesti, institui posse dicitur, *l. 1. vi bonor. raptor.* Sed stultus erit actor, si non statim plenissimam eligat actionem.

§. 30. Regula in *l. 130. de R. J.* proposita: *nunquam actiones, præ-*

præsertim pœnales, de eadem re concurrentes, alia aliam consumit, quam male applicavit Tribonianus *§. fin. I. si quadr. paup.* huc etiam referri, ac juxta casus §. *præcedentis* intelligi solet, *vid.* HUBER. *posit. ad I. de action. n. 109.* sed mihi plane huc non spectare videtur, nam probabiliter non loquitur de actionum *usu* & *applicatione*, sed *constitutione* vel *introductione*, ut ea sit sententia: quoties Legislator plures actiones introducit, non ea ejus sententia est, ut nonnullas tollere velit, sed illa potius, ut acturi nonnunquam iis conjunctim uti, vel unam ex illis eligere queant.

§. 31. Ex his ergo liquet, triplicem esse actionum concursum, *successivum, electivum* & *cumulativum*, præterea illud quoque certum est, quod, negatis actionibus pœnalibus, *v. §. 15.* multæ quæstiones, quæ juxta jus civile, in utramque partem disputari solent, hodie cessent: In specie difficultas, cujus §. *28.* mentionem feci, evanescit.

§. 32. Contra actionem institutam, Reus duplici modo se defendit, vel *simpliciter negando*, ex quo eam consequitur securitatem, ut, antequam actor probaverit, condemnari non debeat, vel *intentionem actoris invalidam dicendo*, dum eam vel nunquam substitisse, vel ex postfacto enervatam esse contendit, inde oritur *Exceptio*, quæ uti probationem à Reo regulariter exigit, ita probata pleniorem præstat ei defensionem, nam licet Actor intentionem suam, veram esse ostendat, attamen sub objectæ exceptionis clypeo, ille tutus esse potest, *vid.* OBSERV. LAUTERB. *IIII. III2.*

§. 33. De jure Romano Exceptiones sunt vel *facti*, quæ nullam actionem, & *juris*, quæ stricto jure validam præsupponunt, quæ proprie etiam Exceptiones dici solent. Sed hodie ista omnia coincidunt, & inepte illud discrimen amplius inculcatur, *v. c. 8. §. 31.* Fx communi ergo Gentium & Germaniæ sensu, Exceptio est *juris nostri allegatio, ad excludendam actoris intentionem, in judicio facta.*

§. 34. De fundamento exceptionum, idem dicendum, quod circa actiones adduximus §. 5. Solent exceptiones distingvi (1.) in *nominatas* & *innominatas*, (2.) in *Civiles* & *Prætorias*, cujus nullus est usus, (3.) in *transmissibiles* & *Non-transmissibiles*, quæ ex habitu jurium obligationumque judicanda, *v. §. 14.* (4.) in *temporales*, quæ lapsu brevioris cujusdam temporis extingvuntur, & *perpetuas*, quibus præ-

ſcriptiò regulariter non obeſt, (5.) in *dilatorias*, quæ ad tempus nocent, & *peremtorias*, quæ actoris intentionem plane deſtruunt, quæ ultima diviſio, in Proceſſu, latius traditur, *vid.* LAUTERB. *C. J. de exception. ibique Obſerv. 1113. 1114.*

§. 35. Exceptionem oppoſitam Actor elidere conatur *Replicatione*, cui reponitur à Reo *Duplicatio*, quam impugnat Actor *Triplicatione*, cui imminuendæ Reus objicit *Quadruplicationem.* Sunt igitur hi actus nihil aliud quam *reſponſiones, ad adverſarii intentionem, pro defendenda actione vel exceptione, facta.* Sicut autem, ex eodem jure, pro re nata, agimus, excipimus, replicamus ulterioremque defenſionem elicimus, ita, ſi juxta Conſcientiæ rationes agendum ſit, nunquam ad illos actus recurrendum eſt, niſi verum jus habeamus.

§. 36. Sed in foro aliter ſervari ſolet, hinc hactenus nihil refert, ſive actiones & exceptiones bonæ, ſive frivolæ ſint, adeòque, circa earum uſum, non præciſe *veritas*, ſed litigantium *opinio*, qua quisque, optimum jus ſe habere, videri vult, ſpectanda eſt, à cujus autem partibus ſtet veritas & juſtitia, id ex eventu proceſſus judicandum. Ex quibus liquet, otioſam eſſe doctrinam, qua v. g. *replicatio, contra exceptiones* ſummo jure *fundatas*, *comparata* eſſe perhibetur, quam ex ſententia Triboniani *tit. I. de replic.* vulgo proponunt, *v.* LAUTERB. *C. J. de except. in fin.* nam, ſive exceptio *ſummo*, ſive *valido* jure nitatur, ſive abſolute *injuſta* ſit, nihil, quoad uſum forenſem, intereſt. *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obſ. 1119.*

§. 37. Hactenus de remediis civilibus, *vid.* §. 2. Criminalia ſunt *Accuſatio* & *Inquiſitio.* Illa eſt *Criminis ad judicem delatio, vindictæ publicæ cauſa facta, v. l. 16. 19. 20. C. de his qui accuſ.* quam, quoad eſſentiam, cum actione convenire, manifeſtum eſt. Hæc eſt *inveſtigatio criminis, à judice, ex officio facta.* Eſt illa vel *generalis*, qua in delinquentem in genere inquiritur, vel *ſpecialis*, quæ contra certam perſonam, vel ſtatim vel ex generali inquiſitione, ſuſpectam, dirigitur, *vid.* LAUTERB. *C. J. de publ. jud.* CARPZ. *Pr. Crim. qu. 106. 107.* Reo vero competunt *Defenſio* ſimiliaque remedia, quibus innocentiam in totum vel ex parte oſtendat, aut criminis veniam roget.

§. 38. De

§. 38. De cætero jura, ex quibus remedia forensia oriuntur, per universam Jurisprudentiam sunt diffusa, adeoque singula, in locis propriis, explicari & quæri debent: Modus autem, iis remediis utendi, eorumque effectus, in Processu tam Civili, quam Criminali, tradendus est, nam hactenus saltem generalis eorum doctrina proponi, ac secuturæ tractationi speciali substerni debuit.

CAPUT XVII.

DE LEGUM INTERPRETATIONE ET APPLICATIONE.

SUMMARIA.

§. 1.

§. 1.


Uo homines actiones suas, ad legum præscriptum, componant, ac de susceptarum vel omissarum moralitate judicari queat, opus est, ut *leges recte intelligantur*, & cum *actionibus humanis rite conferantur*. Obtinetur illud *interpretatione* & *applicatione*, quarum adeo indoles ante explicanda, quam in specialibus juris articulis, illis utamur.

§. 2. Agitur alias, de interpretatione potissimum, in doctrina Juris naturalis, & ipse de eadem etiam dixi in OBSERV. PUFEND. *Obs. 416. seqq.* Sed est illa tractatio, suo modo quoque, ad Jurisprudentiam particularem, referenda, inprimis cum in Jure Romano multa occurrant, quæ ad eam illustrandam faciant; Illud autem frustra creditur, quod in eodem, interpretandi artificium perfecte traditum sit, *v.* RHET. *Comm. Jur. feud. Proœm. n. 90. 91. add.* GROT. *de J. B. P. l. 2. c. 16. §. 31.* nam uti res ipsa loquitur, quod nullibi, in Jure Romano, interpretationis materia, juxta artis regulas sit tradita, ita præcepta, hinc inde inculcata, sæpe etiam fallunt, aut nullum habent usum.

§. 3. Interpretatio *Juridica*, est vel *authentica*, quam facit Imperans, *v. l. 9. fin. §. 1. C. de LL.* vel *usualis*, quæ ab usu forensi dependet, ac *consvetudo interpretativa* etiam dici solet, *v. l. 23. 37. 38. de LL.* vel *doctrinalis*, quam facit homo privatus. *Illa* & *ista* certis regulis adstricta non esse censetur, quod tamen intelligendum ratione voluntatis plane *dubiæ* aut *futuræ*, nam si Imperans inusitata aut aperte falsa interpretatione subditis molestus esset, tum id dubio procul foret iniqvum, si autem usus forensis male interpretetur, interpretatio stricte erit accipienda, juxta monitum *l. 14. 39. de LL. l. 141. de R. J.*

§. 4. Doctrinalis præcipue huc pertinet, quæ est *Voluntatis juridicæ, factis vel verbis declaratæ, per probabiles plerumque conjecturas facta expositio.* Objectum est *voluntas juridica*, i. e. in disciplina legum occurrens, adeoque non tantum leges, sed & facta humana, puta contractus, testamenta, testimonia & delicta huc pertinent, omni-

omnium tamen horum interpretatio, suo modo etiam legum interpretatio dici potest. Consideratur autem illa voluntas, *quatenus verbis & factis declaratur*, adeoque *positiva* est, nam leges naturales ex natura demonstrantur, facta tamen, ad quæ illæ se referunt, præsentis sunt considerationis, quemadmodum etiam insolitum non est, ut ad ipsas leges naturales, verbis, quod sæpe fit, propositas, digrediatur interpretatio.

§. 5. Præcipue etiam *voluntas obscura* hic consideratur, quæ obscuritas tam in sermone dicto quam scripto, oritur vel ob *externum accidens*, v. g. literas male ductas aut erasas, vel ob *internum sensum*, puta ob verborum antiquitatem, novitatem, peregrinitatem, perplexitatem, ambiguitatem & pugnantiam. Voluntas autem factis indicata, regulariter obscura est, nam facta obscurius significant verbis. De cætero plerumque per *probabiles conjecturas* saltem ostenditur voluntas, aliquando tamen sententia poterit esse *certa*; quemadmodum etiam, in vita & foro civili, utplurimum probabilis, certæ effectum habere solet.

§. 6. Solet interpretatio distingvi in *Declarativam*, quæ voluntatem juxta indicia æque late patentia, declarat, *Extensivam*, quæ voluntatem indiciis latiorem extendit, *v. l. 10. 11. 12. 13. 29. 30. de LL.* *Restrictivam*, quæ indicia, voluntate latius patentia, ad hujus mensuram, coarctat, *v. l. 68. 162. de R. J.* Quæ species uti hactenus recte distingvuntur, ita eadem nihilominus principia præsupponunt.

§. 7. Ad interpretem requiritur (1.) *nativa mentis bonitas*, quæ, ut alibi, ita hic etiam utramque facit paginam, (2.) *cognitio indiciorum*, nam qui lingvæ alicujus non satis est peritus, id speciales sententias eadem propositas, male interpretabitur, (3.) *materiæ interpretandæ*, hinc, qui in genere leges non intelligit, ab eo legis cujusdam obscuræ explicationem expectare non licet, (4.) *præceptorum logicorum* seu *artis ratiocinandi*, interpretatio enim est species ratiocinationis, (5.) *circumstantiarum*, quas agentes respexerunt, & ex quibus adeo voluntas eorum probabiliter potest colligi.

§. 8. Hæ circumstantiæ, quoad voluntatem verbis prolatam, videntur summatim (1.) circa *verba* (2.) *personas* (3.) *materiam* & (4.) *finem agentium* occurrere, de quibus adeo explicatius nonnihil dicen-

dum erit, nam quatuor priora hic præsupponuntur, sed ultimum interpretationi artificiali proprium est adeoque specialius proponi debet.

§. 9. Circa *verba* igitur occurrit (1.) *Obligatio, qua quis, in negotiis civilibus, juxta consvetum significatum, verbis uti debet.* Hoc igitur fundamento subnixus interpres, non ad libidinem dicentis, sed secundum ejus obligationem, verba interpretatur ac reservationum mentalium sensusque inusitati nullam habet rationem, *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 295.* Cæterum illa obligatio non semper adest, nam innoxia significatus consveti mutatio, extra vitium est, de hac ergo si satis constet, juxta novum & peculiarem sensum, interpretatio erit facienda.

§. 10. Deinde in verbis (2.) *significatus maxime usitatus* spectari debet, hinc regula: *Verba regulariter & in dubio*, i. e. si circumstantiæ magis evidentes aliud non exigant, *sunt accipienda in significatu maxime famoso*, nam loquens, juxta communem hominum consvetudinem, illum secutus merito præsumitur, si circumstantiæ evidentiores aliud non exposcant, *v. l. 34. 67. 173. §. 1. de R. J. l. 4. pr. de Legat. 1. l. 69. de Legat. 3. l. 7. §. 2. de supell. legat. l. 126. §. 2. in fin. de V. O. l. 13. de reb. dub.* significatus autem maxime famosus, non ex *regulis grammaticis*, sed *usu populari* æstimandus est, quo consilio videtur concinnatus Titulus de *Verborum significatione.*

§. 11. De cætero usus regulæ tam circa leges, quam alios actus, nempe conventiones, testamenta, delicta &c. conspicitur, quod unico exemplo declarabimus. CORNEL. AGRIPPA *de vanitat. Scient. c. 102.* appellationem asini, ad honoris titulos refert; si quis tamen aliquem dixerit asinum, hoc, in dubio, pro injuria erit habendum, quia significatum maxime usitatum, deficientibus aliis circumstantiis, sequi par est.

§. 12. Quodsi autem aliæ circumstantiæ sententiam dicentis evidentius exhibeant, tum inde interpretatio sumenda est. & hactenus verum est, quod potius id, quod actum, quam id, quod dictum sit, sequi debeamus, *l. 6. §. 1. de C. E. V. l. 219. de V. S. l. fin. C. quæ res pign. oblig.* Contra hanc observationem utique impingit interpretatio, quæ in *l. 6. de usufr. ear. rer. l. 19. de usufr. legat.* occurrit, nam volun-

voluntatis conjectura, ibi non ex *proprietate vocabuli*, sed *toto contextu* seu *voluntate conjuncta* desumi debebat, hinc illam interpretationem hodie negligendam esse, aliqui non male censent, *v.* STRUV. *J. F. l. 2. tit. 24. §. 7.*

§. 13. Circa *Personas* varia occurrunt, ex quibus voluntatem probabiliter colligere liceat. Eo pertinet (1.) *Consvetudo*, vel propria, vel regionis illius aut loci, in quo quis degit, hinc ea, quæ sunt consvetudinis, censentur in contractus esse deducta, licet specialiter de iis nihil sit dictum, *v. l. 31. §. 20. de ædil. edict. l. 17. 34. de R. J.* (2.) *conditio personæ*, sic legatum chartarum aliter videtur explicandum, si bibliopolam aut literatum idem respiciat, *v. l. 22. de alim. leg.*

§. 14. Porro (3.) *affectus*, sic quantitas alimentorum, ex caritate ejus, cui eadem relicta, definiri debet, *d. l. 22.* quæ libertatem respiciunt, merito late accipiuntur, *v. Nov. 22. c. 8. add. l. 20. 70. de Jur. dot.* Ex eodem fundamento fluxisse videtur, quod beneficium Principis quam latissime interpretari debeamus, *l. 3. de const. Princ.* sed hoc non aliter admittendum, quam si illa voluntas ex affectu similibusque circumstantiis appareat, *v. l. 2. §. 10. 16. ne quid in loc. publ. l. 43. pr. de vulg. & pup. subst. l. 161. §. 1. l. 191. de R. J. add.* OBSERV. LAUTERB. *Observ. 17.*

§. 15. Ulterius (4.) *voluntas jam exposita.* Solet hoc fundamentum vulgo dici *Locus conjunctorum*, quæ quidem sunt vel conjuncta *origine* tantum, vel *origine* & *loco* simul. Possumus autem ad istud fundamentum provocare, si vel voluntas ex voluntate sit ostendenda, vel una sententia, ex diversis propositionibus, eruenda.

§. 16. Primo casu obtinet regula: *qui vult finem, vult etiam media*, sive *qui vult consequens, vult etiam antecedens, & vice versa, vid. §. 2. I. qui & ex quib. caus.* Secundo, hujus generis regulæ inculcari solent: *In sermone interpretando ad antecedentia & consequentia est attendendum*, Idem: *Unius hominis obscurum dictum interpretandum est ex ipsius dictis clarioribus, sive eodem, sive alio tempore & loco prolatis*, vel: *textus cum textu est conferendus*, *v. Matth. IV, 6, 7. l. 24. 26. 27. 28. de LL.*

§. 17. Non minus (5.) *habitudo physica*, juxta quam homines omnia facere non possunt, ut & (6.) *Subjectio*, quæ voluntati Impe-

 rantis

rantis eos subjicit, spectanda est, hinc in omni pacto similive actu impossibilia & turpia aut extra nostram potestatem constituta excipiuntur, *v. Judic. XI. 31. Matth. XIV, 7. l. 135. 182. 185. de R. J. l. 31. §. 1. depos.* denique (7.) *propositum observandi leges*, hinc quivis in dubio bonus præsumendus ac ea facienda interpretatio est, ut delictum potius negetur, quam adstruatur.

§. 18. Quoad *materiam* hæc obtinet regula: *verba regulariter sunt intelligenda secundum substratam materiam*, cum enim hanc agentes respexerint, de eorum sententia exinde merito judicatur. De cætero per materiam, tam ipse actus, quam hujus Objectum intelligi potest & solet. Sic in literis investituræ, vocabulum *hæredis*, de masculis & hæredibus feudalibus regulariter accipiendum est. Alia exempla passim occurrunt, *v. l. 17. C. de A. E. V. l. 15. §. 4. ff. locat. l. 3. C. eod. l. 43. de damn. inf. l. 67. de R. J.*

§. 19. Inprimis, ex consideratione materiæ, *pugnantia* explicari debent, quamvis alia interpretandi fundamenta non excludamus. Ita diligens materiæ consideratio ostendit aliquando, contradictionem saltem esse *apparentem*, dum propositiones sunt particulares, aut de diversis plane loquuntur casibus. Quodsi autem *vera* & *absoluta* subsit contrarietas, tum voluntas posterior est præferenda, *v. l. 4. de constit. Princ. conf.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 930.* aliquando tamen etiam prior præfertur, si majori cum circumspectione sit concepta quam posterior, *v.* JUS FEUD. GERM. *c. 25. §. 19.* CARPZ. *p. 2. C. 45. D. 31.*

§. 20. Quodsi autem propositiones contrariæ, tempore sint æquales, tum ea, quæ veritati est magis consentanea, præferri debet, nam invitas sententias, quæsitis variis coloribus, velle conciliare, stultus labor est, *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 651.* Denique si contradictio saltem *particularis* sit, tum specialia generalibus debent regulariter anteponi, *l. 80. de R. J.* licet illa, his sint priora, *l. 26. 27. de LL. c. 1. de Constit. in 6to l. 3. C. de Silentiar. v. l. fin. C. de inoff. testam. Nov. 115. c. 4.*

§. 21. Videtur etiam ad hunc locum pertinere vulgatum illud, quod *jura statutaria ita sint accipienda, ut quam minimum à jure communi abeant*, nam Imperans jura particularia præmisisse censetur salva,

ſalva, quantum fieri poteſt, juris communis & principalis autoritate. Interim ſæpe interpretes illam regulam male applicant, dum jura extranea, pro principalibus, & Germanica, pro ſtatutariis habent, de quo abuſu dixi *c. 6. §. 24. ſeqq.*

§. 22. Alias circa materiam, varia dogmata falſa vel ſuſpecta circumferri ſolent. Tale eſt, quod *jura Germanica, ex extraneis, ſint declaranda*, *v. d. c. 6. §. 25.* quod *jura correctoria ſtricte explicari debeant*, nam leges correctoriæ æque aptæ ſunt, ad recipiendam interpretationem laxam & reſtrictam, hinc ex conſvetis interpretandi fundamentis judicandum, in quem ſenſum illæ ſint accipiendæ, *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obſ. 312.* Aliud à materia deſumtum contortæ interpretationis exemplum eſt in *l. 88. pr. §. 1. de Legat. 3.* quod etiam rejicitur in *l. 44. §. 2. de Legat. 1. v.* OBSERV. LAUTERB. *Obſ. 932. add. Obſ. 918.*

§. 23. Inprimis ad hanc claſſem videtur referendum decantatum illud, *quod favorabilia latius, odioſa, ſtrictius explicanda ſint*, nam nullum negotium licitum, natura ſua eſt vel favorabile vel odioſum, hinc nunquam conſtanti definitione qualitates illæ explicari poſſunt, hac autem negata, regulæ illius nullum eſſe uſum, ultro conſequitur, & ſolet, in ejus applicatione, vel fallacia cauſæ committi, vel plane contra regulam interpretatio fieri.

§. 24. Quodſi autem aliquando Legislator vel etiam privati, certum aliquod negotium favore vel odio proſequantur adeoque adventitia velut qualitas ei accedat, *v. l. 47. d. O. & A. l. 20. 85. 122. 125. 179. de R. J.* tum ex *affectu* interpretatio dependet, juxta ea, quæ §. 14. diximus, ſed ideo non eſt exiſtimandum, quaſi negotium illud in ſe favorabile vel odioſum ſit, adeoque uniformis interpretatio circa illud ſemper occurrat. *v.* OBSERV. PUFENDORF. *Obſ. 428. 429.*

§. 25. Quoad *finem*, quem ultimum conjecturarum fontem conſtituimus, obſervandum, quod vel pro *ipſo actu* accipiatur, quivis enim actus eſt quodammodo ſui ipſius finis, vel pro *cauſa aut ratione finali vel impulſiva*, nam hæ recte pro iisdem habentur, licet enim cauſa impulſiva aliquando finali opponatur, attamen illud non alio ſenſu fit, quam quod illa, *cauſam finalem inadæquatam*, hæc *adæquatam* notet.

§. 26. Juxta primum reſpectum hæc obtinet regula : ***Quando***

alia indicia non obstant, verba ita accipi debent, ut actus valeat, vid. l. 12. de Reb. dub. actum enim suscipere, nec tamen velle, ut idem subsistat, nugatorium est, nec adeo facile asserendum. Si vero alia indicia contrariam voluntatem insinuent, tum aliud quoque dicendum erit, hinc si quis sub conditione impossibili vel turpi promittat, is, juxta interpretationem naturalem, nihil egisse censetur, *l. 31. de O. & A. l. 7. de V. O.*

§. 27. Juxta secundum respectum, affirmative & negative, à fine argumentum ducere licet, hinc regulæ passim traditæ: *posita ratione ponitur dispositio.* Item, *negata ratione cessat lex*, vid. §. *un. I. de legit. patron. tutel. l. 3. de legit. tutor.* Quo tamen interpretatio bene se habeat, ratio debet esse *vera* & *adæquata*, de quo non præcise ex professione Legislatoris aut agentium, quæ nonnunquam fallit, sed ex aliis circumstantiis, in subsidium vocata historia, est judicandum, *vid. l. 72. §. 6. de condit. & demonstr.*

§. 28. Atque ex fundamentis hactenus expositis, similibusque, si occurrunt, omnis generis obscuritas, quæ vel ex interno verborum sensu, vel ob externum accidens oritur, tollenda est, sic, an aliquis *merx*, vel *merces* dixerit vel scripserit, ex natura negotii colligi potest. Porro facta etiam inde interpretanda: Ex silentio, quod in se indifferens est, *v. l. 142. de R. J.* pro diversitate circumstantiarum, aliquando consensus colligitur, *v. l. 6. §. 2. l. 18. mand. l. 60. 158. de R. J.* aliquando asseri non potest, *l. 8. §. 15. quib. mod. pign. solv.*

§. 29. Qui chirographum debitori reddit, debitum remittere præsumitur, *l. 2. §. 1. de pact.* nam alias actus esset inanis, qualis interpretatio regulariter fugienda: familiaris injuriati cum injuriante conversatio, remissionem injuriæ, inducere censetur, *§. fin. I. de injur. l. 11. §. 1. ff. eod.* quæ tamen interpretatio nimis larga est, &, ex his hypothesibus, confessioni & usui S. Cœnæ, idem effectus tribuendus erat, quod tamen vulgo non faciunt, *v.* LAUTERB. *C. J. de injur. verb.* civilia *lit. C.*

§. 30. Inprimis quævis interpretatio, declarativa, extensiva & restrictiva, ex fundamentis adductis, fieri debet. De *illa* nihil amplius dicendum, *ista* vero toties locum habet, quoties mens legis aliûsve actûs, verbis latius patet; præcipue tamen circa leges negativas, in qua-

quarum fraudem homines prave solertes aliquid moliri solent, eadem occurrit, *l. 29. 30. de LL.* ac sæpe *ratione* seu *causa finali* nititur. *Hæc* vero toties est necessaria, quoties voluntas deficit, qui defectus ex *personis, materia* & *fine* colligi potest, ceu ex ante dictis jam apparet, *add. l. 6. §. 2. de jur. patron. l. 68. 162. de R. J. l. 39. de LL.*

§. 31. Illud vix admonendum est, quod ea, quæ de efficacia circumstantiarum, in ostendenda voluntate, hactenus diximus, tum demum vera sint, quando illæ per indicia fortiora non eliduntur: Hinc etiam certum est, quod singulæ circumstantiæ, in singulis casibus, non occurrant aut effectum habeant, sicut viceversa nonnunquam plures concurrunt, ac simul sumtæ voluntatem ostendunt. Prudentis igitur interpretis est, provido judicio omnia circumspicere, ac ex maxime idoneis voluntatem eruere.

§. 32. Quod si oratio secum ipsa pugnet, aut imperfecta vel ita perplexa sit, ut nullum idoneum sensum recipiat, tum nihil actum censeri debet, *v. l. 3. §. 7. de adim. legat. l. 3. de Reb. dub. l. 2. de his quæ pro non script. hab. l. 73. §. 3. l. 188. pr. de R. J.* sententia enim, quæ intelligi nequit, & quæ plane non est proposita, morali æstimatione coincidunt. Circumspecte tamen agendum, nec oratio, quæ congruam explicationem non respuit, pro perplexa & nulla habenda est, contra quod videtur peccasse Julianus in *l. 16. de condit. institut.*

§. 33. Ex isto principio sequitur, quod, si ita ambigua sit oratio, ut diversos sensus recipere possit, in dubio id, quod actum esse dicitur, negare debeamus, nam si aliquod factum non satis apparet, rationi utique est consentaneum, ut illud negemus, cumque hoc principium, communi ratione nitatur, non vero ex sanctione aliqua positiva autoritatem habeat, ideo non tantum, quoad actus privatorum, sed & controversias summorum Imperantium seu liberarum gentium, illud sequi licebit.

§. 34. Exinde amplius fluit, quod *pactio ambigua contra illum sit interpretanda, in cujus potestate fuit, legem apertius dicere, v. l. 39. de pact. l. 21. 33. de C. E. V. l. 38. §. 18. l. 99. de V. O. l. 172. de R. J.* In cujus tamen regulæ applicatione nonnunquam fluctuant interpretes juris civilis, *v.* EICHEL *comment. ad R. J. c. 2. p. 87.* sed, difficultates ex falsis oriri præsuppositis, ostendi in OBSERV. LAUTERB. *Observ. 515. 517.*

§. 35 E-

§. 35. Eodem pertinet alia regula, ejusdem ut puto ſenſus: *Semper in obſcuris quod minimum eſt ſequimur*, *v. l. 9. 34. 41. §. 1. 56. 192. §. 1. l. 200. de R. J.* quæ inprimis ad teſtamenta videtur applicanda, ubi is, qui legem apertius dicere potuiſſet, nempe teſtator, non amplius adeſt, ſed ejus vices ſubiit hæres, cum enim huic nihil imputari queat, pro libertate pronunciandum erit. Hinc ſi eadem quantitas bis legata ſit, in dubio, eam ſemel ſaltem deberi, dicendum eſt, quamvis apud Romanos ea res non plane extra controverſiam fuiſſe videatur, *v. l. 34. §. 1. 3. de Legat. 1. l. 66. §. 5. de Legat. 2. l. 12. de probat. v.* HUBER. *in poſit. ad ff. de trit. vin. ol. n. 3. 4.* Aliud exemplum eſt in ſolutione indefinite facta, *v. l. 1. de ſolut.*

§. 36. Principium adductum etiam ad leges pœnales pertinet, quo reſpicere videtur illud: *in pœnalibus cauſis benignius interpretandum eſt*, *v. l. 155. §. 2. l. 168. pr. de R. J. l. 42. de pœn.* non minus etiam ad alias ſanctiones ſpeciales id applicari poteſt: Donatio, quingentos ſolidos excedens, deficiente inſinuatione judiciali, non in totum, ſed ſaltem quoad exceſſum, eſt invalida, plus enim conſtitutum à Legislatore eſſe, nulla conjectura oſtendi poteſt. Vulgaris ratio, quod *utile per inutile vitiari non debeat*, nihil probat.

§. 37. Aliquando Conſvetudo, vel Deciſio Imperantis, principia interpretandi ſubſidiaria ſuggerit, qualia ſunt in *l. 9. 10. 22. 23. de reb. dub.* quibus uti poſſumus ſaltem in controverſiis privatorum, *vid.* CARPZ. *p. 3. C. 17. D. 10. ſeqq.* Quodſi per hæc media obſcuritas tolli nequeat, tum Autoris, ſi adſit, declaratio eſt admittenda, nam hactenus verum eſt, quod quivis optimus verborum ſuorum ſit interpres, *v. l. 96. de R. J.* Poterit etiam controverſia, deciſioni Imperantis committi, quamvis rectius, ad ſortis judicium, litigantes remittantur.

§. 38. Laudantur adhuc alia interpretandi principia in *l. 18. 19. de LL. l. 114. de R. J.* ſed nullius vel exigui uſus eſſe videntur, cum ſaltem inculcent, quod probabilior ſententia ſit eligenda, ejus vero eruendæ adminicula nulla oſtendant. Forte in illum cenſum etiam referenda regula *l. 12. de R. J.* *In teſtamentis plenius voluntates teſtantium interpretamur.*

§. 39. Nam ſi hoc ſolum intenditur, *ultimas voluntates ita eſſe inter-*

interpretandas, ut subsistant potius quam corruant, tum nihil singulare in ea occurrit, quia, in omnibus actibus, talis interpretatio merito obtinere debet. Interim Romani, hujus principii parum memores, aliquando sine necessitate ultimas voluntates evertunt, quo pertinet interpretatio Regulæ Catonianæ *l. 1. de regul. Caton.* ut & illa, qua rei alienæ legatum corruere dicitur, si legatarius, titulo lucrativo rem acquisierit *§. 6. I. de Legat. l. 17. de O. & A. v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 934. 938.*

§. 40. Quodsi autem eo tendit regula: *plura agi solere pro conservatione ultimarum voluntatum, quam aliorum actuum*, tum exemplum idoneum ejus doctrinæ forte non occurrit, nam quod circa legatum, in arbitrium tertii collatum, boni viri arbitrium intelligatur, *l. 3. §. 1. C. comm. de Legat. v.* LAUTERB. *C. J. de C. E. V. lit. O. verb.* pretium *n. 3.* vel conditio turpis aut impossibilis, *§. 10. I. de H. J. l. 14. de condit. institut.* vel dies certus *l. 34. de H. J.* in ultimis voluntatibus detrahatur, exinde nihil, quod huc faciat, inferri potest, cum illa omnia non ad interpretationem doctrinalem, sed authenticam pertineant.

§. 41. Sicut autem alii actus lege naturali diriguntur, ita dubitandum non est, quin etiam interpres, ex ejus præscripto, interpretationem ita peragere teneatur, prout genuina interpretandi fundamenta id exposcunt, nam si secus faceret, alios immerito læderet, hinc nec ipsi Autori, nec Imperanti, facultas pro lubitu interpretandi, competit, sed hæc saltem, circa voluntatem futuram aut valde dubiam, se exserit.

§. 42. Solent sui officii velut admoneri interpretes nonnullis regulis v. g. *quod in favorem alicujus introductum, non debet detorqueri in ejus odium*, item: *Scire leges, non est verba earum tenere, sed vim & potestatem, v. l. 17. 24. 25. de LL.* De cætero officium illud negligitur vel per *imperitiam*, vel per *imprudentiam*, quæ in iis præcipue occurrit, qui nullas Antinomias in jure Civili agnoscunt, vel per *malitiam*, dum homines improbi jura in alium sensum, commodi sui causa, torquent, ac simplicioribus fucum faciunt.

§. 43. An vero interpretationis aliqua sit *necessitas*, sero nimis quæri videtur? sed tamen ita dicendum: Interpretatio *naturalis*, simpliciter est necessaria, nam si Legislatoris vel privatorum voluntas, nulla plane ratione ostendatur vel explicetur, tum nullus etiam ejus in vita civili erit effectus. *Artificalis* vero, cujus fundamenta hactenus delineavimus, non absolute requiritur, sed ad bene esse pertinet, sæpe enim bo-

Y nitas

nitas ingenii, doctrinæ defectum hic supplet, naturam tamen arte vera excultam, plus præstare posse, utiq; negandum non est, *add. l. 2. §. 13. de O. J.*

§. 44. Satis, pro instituti ratione, de Legum interpretatione. Applicatio est *legum & factorum collatio, ad ostendendam horum moralitatem, instituta.* Differre eam ab interpretatione factorum privatorum, manifestum est, sed cum interpretatione legum, specialiter accepta, illa videtur coincidere, nam legum sententia non potest intelligi nisi cum factis, de quibus illæ loquuntur, conferantur, hinc res eodem recidere videtur, sive actum illum, interpretationem, sive applicationem dicas.

§. 45. Non intercedimus, quo minus quis terminos ita accipiat, videtur tamen etiam aliqua superesse distingvendi ratio: Nimirum interpretatio est sollicita de *sententia legum vel eruenda, vel aliis repræsentanda* eoque fine casus aut facta saltem fingit, sed applicatio satagit de *factorum revera evenientium moralitate,* sententiam autem legum, velut satis cognitam, regulariter præsupponit, aut aliquando sensum tam legum, quam factorum dubiorum simul investigat: Interpretatio igitur ad *Scholas*, Applicatio ad *Forum* pertinet.

§. 46. Cum igitur applicatio facta & leges conferat, hinc duplicis generis regulas, quæ scilicet illa & has concernant, circa eam occurrere, manifestum est. Quoad facta, hæ fere observandæ: (1.) *Ad illud tantum respice, de cujus moralitate quæritur,* ea igitur, de quibus non est quæstio, vel quæ jam decisa sunt, hactenus possunt negligi. (2.) *Facti controversi veritatem, sensum & circumstantias probe investiga.* Quoad leges vero hæc monita occurrunt, (1.) *genus legum applicandarum recte elige,* ac (2.) *ex congruo genere, legem controversiæ propriam applica,* quæ omnia usu certius intelliguntur magisque firmantur.

CAPUT XVIII.
DE RESTITUTIONE IN INTEGRUM.

SUMMARIA.

Ex dispensatione & interpretatione conflarunt Romani restitutionem in integrum §. 1.
Sed statim distingvenda restitutio Gratiæ & Justitiæ §. 2.
In hac interpretatio & dispensatio miscentur §. 3.
Restitutio hæc opponitur ipsi juri §. 4.
Ex diversitate principiorum illa recte intelligitur §. 5.

Quo

§. 1.

DUo sunt, quæ vim legum temperant ac dirigunt, *Dispensatio* & *Interpretatio*; illa incommodum, quod ex lege imminet, vel jam premit, avertit aut tollit, hæc vero, id aliquem afficere non debere, ostendit, illa legis obligationem infringit, hæc, eam non obtinere, docet. Porro uti manifestum est, quod Dispensatio, quatenus incommoda, quæ jam premunt, aufert, *Restitutio in integrum* recte dici queat, ita Romani, proprio sensu, ex Dispensatione & Interpretatione, conflarunt aliquam *Restitutionem in integrum*, cujus doctrina generalis in hunc locum incidit, utut aliis ita forte non videatur.

§. 2. Quo autem penitius illa intelligatur, distingvendum statim est inter *Restitutionem Gratiæ*, quando Imperans veniam delicti concedit, ac pœnam impositam tollit, *v. l. 1. §. 10. de postul. l. 1. 4. fin. C. de sentent. pass.* hæc manifeste satis species dispensationis, ac juris Gentium, non Romana est, & *Justitiæ*, quam vocant, quæ est *reductio in pristinum statum juris, ex quo quis vel revera excidit, vel saltem excidisse videtur*, hæc utique, sub hac forma spectata, fori Romani inventum est.

§. 3. Nam sub hoc nomine conjunguntur actus plane distincti: *interpretatio*, quam judex & interpres facere debet, & *dispensatio*, quæ ad jura imperantis originarie pertinet, id quod ex exemplis facile intelligitur: Si quis vi injusta ad promittendum adigatur, is revera non est obligatus, nec ex pristino libertatis statu excidit, hinc simplici interpretatione ostenditur, quod casus ille sub lege non comprehendatur. Verum si quis fatalia processus elabi passus sit, ille revera jus suum amisit, adeoque ei non aliter, quam Imperantis dispensatione, succurri posse videtur, utrumque tamen remedium, Restitutio promiscue dicitur.

§. 4. Iſta porro, ex diverſis actibus, conflata Reſtitutio, opponitur *interpretationi legali*, ſeu *ei quod ſit ipſo jure*, nam aliquando actus ipſo jure eſt nullus, aliquando per reſtitutionem reſcindi dicitur, *v. l. 16. de minor.* ſupr. *c. 8. §. 9. ſeqq.* quæ duo remedia etiam quoad *effectum* & *durationem* differunt, licet hodie differentia nonnunquam ceſſet, de quo poſtea dicemus.

§. 5. Atque ex iſtis præſuppoſitis cætera facilius quoque explicantur, nam licet diſtincti actus, ſub reſtitutionis nomine, ſint compacti, ideo tamen illorum diſcrimen penitus tolli non potuit, ſed ſemper Reſtitutio aliis nititur regulis, prout vel ad diſpenſationem, vel interpretationem propius accedit. Dicitur illa, *remedium extraordinarium*, quamvis autem, juxta apices juris Romani, ſimpliciter illud prædicatum admittat, certum tamen eſt, quod id nominis magis illa mereatur, ſi de lege diſpenſet, quam ſi eam ſaltem interpretetur.

§. 6. Quando igitur cum remediis ordinariis Reſtitutio concurrere negatur, niſi forte ſit plenior, *v.* EKHOLT. *ad ff. de reſtit. in integr.* §. *2.* vel ordinarium, Minori contra tertium competat, *l. 3. C. ſi tutor vel curat.* CARPZ. *p. 2. C. 11. D. 34.* aut incertum ſit, utrum locum habeat, *c. 8. X. de reſtit. in integr.* tum hoc omne iterum eſt intelligendum, de Reſtitutione authentica, ſeu Diſpenſatione, qualis inprimis eſt, quæ contra proceſſum datur, hinc Minori non elective, ſed in ſubſidium ſolum, hæc conceditur, *l. 13. §. fin. C. de judic. v.* BERGER. *in Reſolut. ad Lauterb. de reſtit. in integr.*

§. 7. Reſtitutionem in integrum introduxit Prætor, *l. 1. de reſtit. in integr.* quod verum eſt, quatenus cum peculiari forma, quam hactenus delineavimus, illa ſpectatur, nam alias diſpenſationem, vel interpretationem, ex quibus illa componitur, à Prætoris Romani proviſione non dependere, ſed omnibus Gentibus eſſe communes, ſatis patet. Cum porro actuum diverſorum compactio, nihil rationis habeat, ſed fori potius corruptionem redoleat, de quo deinde videbimus, hinc ſimul liquet, quam parum ſit, quod aliæ Gentes Prætori Romano debeant.

§. 8. Quando ad applicationem devenitur, jus concedendi reſtitutionem, Magiſtratibus majoribus ſaltem aſſeritur, non municipalibus, *l. 26. ad municip.* vel judicibus pedaneis aut arbitris compromiſſariis, *l. fin. C. ubi & ap. quem cognit. in integr. v.* LAUTERB. *C. J. de reſtit. in integr. lit. C.* Sed hæc doctrina in iterum non aliter admittenda,

quam

quam quatenus Restitutio ad dispensationem magis accedit, nam si interpretationi fuit propinquior, etiam Magistratus minor, judex pedaneus & arbiter ejus peragendæ jus habuit.

§. 9. Nec enim dubium videtur, quin illi de negotio coacto & doloso, circa quod saltem interpretatio necessaria, cognoscere potuerint, quare etiam Prætor, quando de restitutione doctrinali agit, se *judicium esse daturum* profitetur, *l. 1. §. 1. de dol.* sed *animadversurum*, quando de authentica ipsi sermo est, *l. 1. §. 1. de minor.* isto enim indicio, Judicis & Prætoris potestatem distingvi, monet HILLIG. *ad Donel. l. 21. c. 4. lit. a.* Nec obstat, quod restitutio sit *remedium extraordinarium*, adeoque judicem pedaneum non admittere, sed Magistratuum majorum propria esse videatur, *arg.* tit. *de extraord. cognit.* nam ita dicitur ratione *juris civilis*, non, *processus*.

§. 10. Hodie omnes Magistratus, qui habent jurisdictionem civilem, restituere posse dicuntur, modo sint competentes vel in genere, ob domicilium rei, vel saltem ratione causæ controversæ, *v.* LAUTERB. *C. J. d. l.* Verum & hic restitutionis differentia est observanda, nam si eadem dispensationis rationem habeat, ut si contra elapsum fatale, aut totum processum, illa sit concedenda, tum Magistratus subalterni eam merito omittere debent, nisi forte casus in jure Civili sint expressi, adeoque, eorum intuitu, facultas restituendi ipsis implicite concessa.

§. 11. Opus est restitutione, quoties ex actu vel ejus omissione, sive vero, sive stricto jure validis, incommodum imminet. Censetur ergo illa necessaria contra enormem læsionem, *l. 2. C. de rescind. vend.* rem judicatam ex jure jurando suppletorio latam repertis novis probationibus, *l. 31. de jurejur.* vel etiam dolo adversarii elicitam, *l. 33. de re jud.* quam restitutionem aliqui dicunt *civilem*, LAUTERB. *d. l.* Sed non opus est, ut istis remediis, coactum restitutionis schema affricemus, oriuntur enim illa ex juribus certis, ac ne quidem stricto jure amissis, *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 338. 540. 1047.*

§. 12. Inprimis sex restitutionis species in jure civili, memorantur (1.) restitutio ob *metum*, (2.) *dolum*, (3.) *ætatem*, (4.) *absentiam similesve causas*, (5.) *capitis diminutionem minimam*, (6.) *alienationem judicii mutandi causa factam.* Uti autem in illis, actus aliquoties hactenus memorati, interpretatio scilicet & dispensatio, confunduntur, ita nonnullæ

 earum

earum etiam de jure civili sunt controversæ, quædam vero, miris tricis ineptiisque refertæ, hodie cessant, de quo postea explicatius dicam.

§. 13. Ne absque causæ cognitione, restitutio fiat, æquitas facile ostendit, *l.3.7. de in integr. restit.* nam nullius juris executio, sine prævia discussione, fieri debet. De cætero petitur vel *seorsim & peculiari remedio*, id quod præcipue fit, quoad casus dubios, seu restitutionem authenticam, & ubi processus, ratione rei principalis, jam est institutus, vel *incidenter*, dum vel actio, quoad rem principalem, movetur, vel institutæ exceptio simileve remedium opponitur, atque ita restitutionis causa simul discutitur, *v. l.24. §. fin. de minor. l.9. §.4. de jurejur.*

§. 14. Peti potest etiam per procuratorem, *l.un. C. etiam per procur.* & quidem si *seorsim* petatur, speciali vel generali ac definitio mandato instructum, *l.25. §.1. de minor. c.4. de procurat. in 6.* si vero *incidenter* eadem exigatur, tum mandatum, ad principalem causam datum, sufficere, manifestum est, *v. c.6. X. de in integr. restit.* MYNS. *Cent. 2. Obs. 26.* Petenda est restitutio intra quadriennium, à tempore sublatæ causæ, quæ eam meruit, computandum, *l.fin. C. de temp. in integr, restit. v.* EKHOLT *ad ff. de in integr. restit. §. 6.* quamvis, si v. g. contra præscriptionem exigui temporis, ut menstruam vel annalem, restitutio detur, ejus petitio intra modicum ejusmodi tempus suspicienda videatur, nam absurdum foret, si spatium petendæ restitutionis, ipsa præscriptione principali, esset longius.

§. 15. Restituuntur læsi eorumque hæredes, *l.1.6. de in integr. rest.* & successores singulares, *l.24. pr. de minor.* adversus lædentes i.e. eos, qui vel suo facto alios læserunt, vel in quorum emolumentum læsio est cessura. Liberi vero contra parentes non restituuntur, *l.2. C. qui & advers.* excepto casu *Nov.155.* sed hoc saltem intelligendum de restitutione, quæ ob lubricum ætatis concedenda, nam ex aliis causis liberi contra Parentes restitutionem obtinere possunt, *v.* BERGER *in pecul. comm. ad d. l.2.* imo cum sanctio *d. l.2.* sit mere positiva, plures pati potest exceptiones, si iniquius Parentum factum quandoque appareat.

§. 16. Rescinduntur per restitutionem negotia, vel vero vel stricto jure valida, quibus quis læsus est, aut lucro aliquo excidit, & æquitas aliqua auxilium exposcit, *v. l.16. de minor. l.2.4. in quib. caus. in integr. restit. l.2. C. de præd. minor. l.4. de in integr. restit.* De cætero, actus diversi plane valoris, eadem classe hic censeri, manifestum est, nam v.g. contra-

ctus

ctus cum tutoris autoritate celebratus, aut præscriptio, juxta omnia requisita, contra absentem completa, utique validior est, promissione coactâ, hæc enim aliaque ejus generis negotia, saltem à Romanis valida reduntur, & *summum jus*, quod hic in ore habent, est summa injuria, vel commentum fori Romani minime necessarium.

§. 17. Postulata restitutione, hactenus rem esse in suspenso, adeoque omnia in suo statu manere debere, donec legitimo modo controversia fuerit finita, exemplo aliarum controversiarum, facile intelligitur, *l. un. C. in integr. restit. postul.* hinc si, in specie, contra processum, petatur restitutio, executio suspenditur, *l. 32. C. de transact. l. 42. de minor.* modo justitia petitæ restitutionis sit evidens, nam alias iniquissimum foret, petitionis frivolæ vel etiam malitiosæ prætextu, executionem morari, *v. Decis. Sax. 15.* LAUTERB. *C. J. de in integr. restit. lit. E.*

§. 18. Impetratæ vero restitutionis effectus, in genere est, *quod actus alicujus susceptio vel omissio, alicui non noceat*, hinc, pro casuum diversitate, quis rem suam retinet, recuperat, læsionis æstimationem consequitur, in spem amissam restituitur, aut, ad juris sui deductionem, ulterius admittitur. Quodsi in specie, contra contractum consummatum, obtenta sit restitutio, tum ab utraque parte omnia, in pristinum statum, reducuntur, nisi forte adversarius, in pœnam imprudentiæ vel improbitatis suæ, eo, quod dedit, multetur, *v. l. 24. §. 4. l. 39. § 1. de minor. l. un. C. de reput. quæ fiunt in judic. in integr. restitut. l. pen. C. de his quæ vi met. caus.*

§. 19. De cætero uti manifestum est, quod doctrina restitutionis in integrum, non penitus possit rejici, ita id tamen fori Romani corruptionem, & Jurisprudentiæ morbum omnino redolet, quod diversi plane valoris actus Romani eadem classe censuerint; adeoque interpretationem & dispensationem miscuerint, nam (1.) interpretatio, restitutionis nomine male involuta, nil nisi tricas, in studio Juris, peperit, dum summum aliquod jus, & actûs, juxta illud, validitatem, nec non ejus rescissionem adstruere debemus, cum omnis res facilius solidiusque intelligatur, si omissis illis ambagibus, juxta simplicis interpretationis regulas, ostendatur, quousque actus effectum aliquem habeat, vel eodem destituatur.

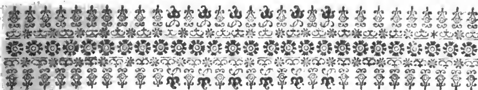
§. 20. Hinc etiam (2.) discrimen *restitutionis doctrinalis, seu interpretationis & ipsius juris*, non alio fine videtur excogitatum, quam ut jura

jura magis redderentur involuta, ac eo modo homines, eo magis irretiri & lites multiplicari possent. Denique (3.) ista confusio judicibus præbet occasionem involandi in jura summorum Imperantium, nam uti interpretatio, dubio procul, ad eos pertinet, ita conjunctam ei, sub restitutionis nomine, dispensationem, illos hac occasione, sibi etiam arrogare posse, quis dubitet?

§. 21. Merito igitur, hac in parte, Jurisprudentiæ succurrendum esset, ea ratione, ut *dispensatio* & *interpretatio* separarentur, ac unaquæque *Subjecto habili* relinqueretur, restitutionis in integrum nomine, ad solam dispensationem relato. Postea interpretatio *doctrinalis* & *legalis* seu *ipsum jus*, quoad durationem, exæquanda forent, adeo ut quis perinde tutus sit, sive diserta legis verba, sive justa interpretatio, ei securitatem promittant. Effectus tamen idem, ideo semper non esset futurus, sed, pro diversa agentium intentione, actus aliquando simpliciter impugnari, aliquando, eo salvo, læsionis emendatio saltem peti deberet, quemadmodum etiam, positâ licet illa exæquatione, diversa probatio, pro re nata, foret necessaria.

§. 22. Parum forte abest, quin ipso usu illa etiam hodie obtineant. Restitutio ob capitis diminutionem, jam de jure civili recentiori evanuit, ob alienationem vero, judicii mutandi causa factam, nullam unquam obtinuisse censet HUBER *in prælect. ad ff. de alienat. judic. mutand. caus. fact.* Hodie porro omnem restitutionem doctrinalem, ac in specie eam, quæ ob metum & dolum asseritur, cessare, ac simplici saltem interpretatione, omissis summi juris, eique oppositæ restitutionis, ineptiis, actuum illorum effectum explicari, plane arbitror, hinc sola restitutio authentica seu dispensatio, quæ circa ætatem, absentiam similesque causas occurrit, hodie obtinet, ac ipsi juri, cum effectu, opponitur, qua de re, in locis propriis, explicatius dicam, v. OBSERV. LAUT. *Obs. 105. seqq.*

LIBER



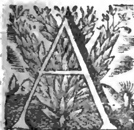
LIBER SECUNDUS

CAPUT I.

DE VARIA HOMINUM CONDITIONE.

SUMMARIA.

§. I.



Bsolvimus partem Jurisprudentiæ Germanicæ *Præliminarem*, non ex vulgaribus librorum Systematicorum regulis, sed veris, ut spero, rationibus instructam. Accedendum nunc est ad partem *Principalem*, in qua *legum privatarum, in Germania usitatarum, argumentum* exponi, adeoque *varia jura & obligationes*, quæ inde dependent, ac *personis* vel *intuitu rerum*, vel *sine harum consideratione*, tribuuntur ac imponuntur, expendi debent.

 §. 2. Con-

§. 2. Constare illam partem duobus capitibus generalissimis, in quorum altero, *jus constitutum*, in altero, *jus, actionibus & processu legitimo, obtinendum* sive *modus asserendi jura* contineatur, jam dixi *l. 1. c. 1. §. 16. seqq.* Sed primum Caput maxime diffusum est, in eoque apte digerendo, non levis occurrit difficultas. Ordinem illum, quo, de *jure personarum, jure in re* & *ad rem*, sigillatim agi posse, creditur, nullo niti fundamento, cum sæpe illa jura, in eodem objecto concurrant, adeoque divelli nec possint, nec debeant, itidem jam ostendi *l. 1. c. 11. §. 38. seqq.*

§. 3. De alio igitur ordine laborandum erit, cumque *d. l. 1. c. 1. §. 16.* dixerim, quod Jurisprudentia particularis, &, in specie, Germanica, Universali, velut fundamento suo, sit attemperanda, hinc in ejus placitis dirigendis iidem respectus generales erunt observandi, quibus, mea quidem sententia, Universalis nititur. Possunt igitur etiam Germani triplici modo considerari: (1) ut existunt, ac sibi ipsis, proximo & Deo, officia debita exhibent, (2) genus suum propagant, ac (3) moriuntur, & morituris vel mortuis officia præstant. Hæc sunt fundamenta totius tractationis de *jure constituto*, cujus partitio specialior ex sequentibus apparebit.

§. 4. Cæterum cum dentur nonnulla hominum discrimina, quæ in singulos fere juris articulos influant, non incongruum erit, si illa breviter persequamur, ac secuturæ tractationi substernamus. Primarium & fundamentale, in Rebuspublicis, hominum discrimen est, quod sint vel *Imperantes*, vel *Subditi*. Illi sunt, *qui ea omnia, quæ utilitas Civitatis requirit, & quæ arbitrio humano effici possunt, facere, subditorumque actiones & vires, independenti imperio, eò dirigere possunt & debent.* Hi vero, *qui Civitati & Imperanti quoad vitam & fortunas subsunt in iis, quæ ad utilitatem Reipublicæ pertinent, ac Imperio humano obtineri possunt. v.* OBSERV. PUFENDORF. *Obs. 558. seqq.*

§. 5. Imperantes qua tales pertinent ad Jus publicum, ut & Subditi constituendi. Sed constituti, ut & Imperantes, qua homines privati, in Disciplina juris privati considerari debent. Hinc quæ deinceps de subditis dicemus, etiam ad Imperantes, secundum conditionem privatam spectatos, applicari debent, sed cum temperamento, quod *l. 1. c. 1. §. 28. seqq.* retuli. Ex quibus liquet, quod *privatus,*

vatus & *subditus*, non plane coincidant, nam omnis quidem subditus, privatus est, sed insuper Imperans etiam privati loco quandoque habetur, hactenus tamen subditus non est, quanquam aliquando etiam subjectio suo modo accedere possit. *v.* VINDIC. VITRIAR. CASTIG. §. *161.*

§. 6. Circa subditos illud in genere observandum, quod eorum actus liciti, ex quibus nova jura & obligationes oriuntur, non tantum ex voluntate eorum, sed inprimis etiam Imperantis æstimandi sint, adeo ut, si ab hac abeant, ne quidem jure naturali validi & obligatorii sint, neque enim jus hoc, ob quemvis consensum, obligationes introducit, sed habilem, statuique consentientium convenientem requirit. Usus hujus observationis, circa explicandum pactorum & testamentorum valorem, se inprimis exserit.

§. 7. Homines privati (nam, de Imperantibus qua talibus dicere, jam non est propositum) à *natura* distingvuntur in *mares* & *fœminas*, quorum regulariter eadem sunt jura. *v. l. 4. C. de lib. præter.* aliquando tamen illorum, aliquando harum melior est conditio, quod ex locis propriis specialius cognoscendum est. Si uterque sexus concurrat, existunt *Hermaphroditi*, qui prævalenti sexui annumerantur, *l. 10. de stat. hom. l. 15. §. 1. de test.* si utriusque causa sit æqualis, electioni est locus, *v.* LAUTERB. *J. de stat. hom. lit. B.*

§. 8. Ex eodem fundamento, homines discernuntur in *natos*, qui jam revera existunt, ac juribus humanis, sine dubio, fruuntur, & *nascituros*, qui in utero materno adhuc latent, hi hactenus habentur pro jam natis, ut lædi nequeant, ex quo, per consequentiam, matri prægnanti, quoque prosunt. Præterea, ob spem nascendi, jura, in eventum nativitatis, integra iis servantur, illique, si forma humana prodeant, eorum fiunt capaces, eademq; in alios transmittere possunt, quæ omnia ex indole generis humani, & æquitatis regulis manifeste resultant. Quousq; autem nasciturі, in rebus arbitrariis, Parentibus suis, prodesse debeant nec ne, id à definitione legis civilis dependet. *v. l. 7. 26. de stat. hom. l. 30. §. 1. de A. O. H. l. 231. de V. S. l. 2. §. 6. de excus. tutor.* LAUTERB. *C. J. d. l.*

§. 9. Ab *ætate*, homines sunt vel *perfectæ* vel *imperfectæ ætatis*, illi dicuntur *majores*, hi *minores*, & sunt iterum vel *impuberes*, vel *minores in specie*, quæ discrimina certius definit lex positiva.

Jure Romano masculi fiunt puberes anno decimo quarto, fœminæ, duodecimo, *pr. I. quib. mod. tutel. fin. l. 5. qui testam. fac. poss. l. 2. de vulg. & pupill. substit. conf. Landrecht. l. 1. art. 42.* Post illos annos, sunt puberes vel minores, usque ad annum 25. completum, *pr. I. de curator. l. 1. §. 1. 2. de minor.* sed jure Saxonico, anno 21. minorennitas finitur, *Landrecht l. 1. art. 42. Lehnrecht. c. 26.* CARPZ. *p. 2. C. 11. D. 9.* Impuberes usque ad annum septimum, dicuntur infantes, *l. 18. C. de jur. delib.* postea, pro capacitate doli, infantiæ vel pubertati proximi, *§. 9. I. de inutil. stipul. l. 23. de furt. l. 111. de R. J.*

§. 10. A *diversa corporis animique constitutione*, discerni possunt in *integros*, quales regulariter sunt, hinc etiam integritas in quovis tamdiu præsumitur, donec probetur contrarium, & *aliquo defectu laborantes*, tales sunt furiosi, mente capti, surdi & muti, simpliciores, perpetuo morbo oppressi & prodigi juridice tales, quos vocant, quibus scil. per sententiam judicis, bonorum administratio est ademta, hi enim furiosis hactenus comparantur, *l. 1. de curator. furios.* nam in delictis prodigos pro integræ mentis hominibus habendos esse, facile liquet. Denique à *naturali statu*, homines distingvuntur in *vigilantes*, & *dormientes*, quæ posterior conditio in multa etiam juris capita influit. *v. Dn.* THOMAS. *dissert. de jur. circa somn. & somnia hab. Lips. 1687.*

§. 11. Præterea ex *dispositione juris Romani*, homines distingvuntur in *liberos* & *servos*, quæ distinctio licet totius fere Jurisprudentiæ Romanæ sit fundamentum, tamen nec à JCtis, nec interpretibus recte explicatur, mihi sic videtur: Libertas civilis est *jus ea faciendi, quæ cum imperio civili non pugnant, conjunctum cum aliqua existimatione.* Servitus vero legalis est *libertatis privatio*, quæ hactenus nullam involvit subjectionem, quod exemplo servorum pœnæ, *v. §. 3. I. quib. mod. patr. pot. toll. l. 17. de pœn.* intelligitur.

§. 12. Istam libertatis privationem regulariter consequitur *durior serviendi necessitas*, quæ & ipsa, *servitus* dicitur ac *potestati dominicæ* opponitur, præterea servi, libertate privati, detruduntur in classem brutorum aliarumque rerum, in commercio existentium, hactenus, ut dominium aliaque jura, circa illos, acquiri possint; Ista conditio, itidem *servitus* dici, ac *dominio cæterisque juribus*, quæ in servos competunt, opponi potest.

§. 13. Cæ-

§. 13. Cæterum ſicut iſta Romanorum ſervitus, eſt certiſſimum emortuæ ſocialitatis indicium, nec cum legibus divinis conciliari poteſt, ita in Germania eadem ceſſat, & omnes homines ſunt ingenui, ſed in ſuo ſinguli genere. Inhumanitatis tamen Romanæ reliquiæ, in captis infidelibus conſervantur, ſicut etiam ejus conſectaria, durior ſcilicet ſerviendi neceſſitas & commercium, in *Hominibus propriis* adhuc conſpiciuntur, de quorum tamen conditione, ex ſtatutis ſpecialibus, amplius judicandum eſt.

§. 14. Servitus pactitia, quæ ex locatione conductione oritur, quaque ob mercedem promiſſam & ſolvendam, operæ & ſervitia debentur, huc non pertinet, ea enim uti apud omnes gentes in uſu eſt, ac apud Romanos quoque olim obtinuit, *§. 2. I. de uſ. & habit.* ita libertatem civilem & exiſtimationem humanam non tollit, licet illam reſtringat, id quod cum aliis obligationibus, certas præſtationes exigentibus, habet commune. *vid.* OBSERV. LAUTERB. *Obſ. 20. ſeqq.*

§. 15. Non minus quoque, ex *diſpoſitione juris Romani*, ſubditi diſtingvuntur in *ſubditos ſimplices* & *cives*, quæ diſtinctio ut recte intelligatur, obſervandum, quod jus civitatis tripliciter accipiatur: (1.) pro *ſubjectione*, hoc ſenſu nullam ſubditorum & civium eſſe oppoſitionem, ſed omnes ſubditos, etiam ſervos, eſſe cives, manifeſtum eſt. (2.) *communione jurium municipalium*, hoc reſpectu non omnes ſubditos, eſſe cives, itidem liquet. (3.) *jure civitatis Romanæ* ſive *jure aliquo civili*, quod fundamentum erat aliorum jurium, ut juris patrii, teſtandi, nuptiarum, ſimiliumque.

§. 16. Juxta hunc ultimum reſpectum, data diſtinctio præcipue eſt intelligenda, multi enim erant ſubditi in Orbe Romano, qui jus civitatis Romanæ non habebant, poſtea tamen Antoninus omnes ingenuos *l. 17. de ſtat. hom.* & Juſtinianus omnes libertinos civitate Romana donavit, *§. 3. I. de libert.* qua de re inprimis EZECHIELIS SPANHEMII Orbis Romanus *ſeu* Exercitationes duæ *ad l. 17. de ſtat. hom. Londini 1703.* publicatæ videri debent.

§. 17. Civibus quomodocunque ſuppoſitis, opponuntur *peregrini*, qui vel extra Rempublicam occurrunt, vel ad tempus in ea degunt. Hi olim fere pro hoſtibus habebantur, *v. l. 5. §. 2. l. 6. 7. 24. de captiv. & poſtlim.* GROT. *de J. B. P. l. 2. c. 6. §. 14. in fin. c. 15. §. 5.* hinc in-

inprimis jus civitatis Romanæ, & inde dependentia jura connubiorum, patriæ poteſtatis ſimiliaque ipſis negabantur, *v. l. 10. §. 6. de in jus voc. l. 17. de pœn. l. 1. §. 2. de Legat. 3. l. 1. C. de Hered. inſtit. l. 21. pr. C. de teſtam. pr. I. de nupt.*

§. 18. Hodie inter Chriſtianos, peregrini pro hoſtibus non amplius habentur, veſtigia tamen priſtinæ hoſtilitatis in jure albinagii, in Gallia uſitato, adhuc conſpiciuntur, *v.* PERETZ *ad C. qui teſtam. fac. poſſ. n. 12.* In Germania quoque jus civitatis Germaniæ privatum non occurrit, hinc peregrini ſubditorum Germanicorum juribus etiam gaudent, *v. authent.* omnes peregrini *C. comm. de ſucceſſion.* Alibi tamen jus civitatis generale, non penitus eſt incognitum, quod exemplo *indigenatus Polonici* intelligitur.

§. 19. Ex his ſeqûitur, quod maxime & mediæ Capitis diminutionis, qua libertas & civitas tollitur, *§. 1. 2. I. de capit. diminut.* in Germania nullus ſit uſus, nec contrarium probat bannum imperii, ceu vulgo putant, illo enim non jus civitatis Germanicæ ſenſu Romano tollitur, utpote quo illud non occurrit, ſed bannitus ſaltem pro hoſte, aut potius improbo pœnamque commerito ſubdito, qui à quovis impune violari, vel minimum capi ac judici tradi queat, declaratur.

§. 20. Denique in varios juris articulos ſe diffundens diviſio eſt, qua etiam de *jure Romano* potiſſimum, homines vel in *poteſtate patria exiſtunt*, vel *ab ea ſunt immunes*, illi *filii*, *filiæve*-hi *Patres*, & *matres familias* dicuntur, licet tenerrimæ ſint ætatis, *l. 4. de his qui ſui vel alien. jur. ſunt l. 195. §. 2. de V. S.* quæ laxa tamen ſuppoſitio, non ſatis eſt congrua. Quodſi quis in patriam poteſtatem redigatur, vel eâ exeat, atque ita familiam ſimul mutet, tum dicitur *capitis diminutionem minimam* pati, *l. fin. de cap. minut.*

§. 21. Cæterum ſicut jam de jure civili recentiori, emancipatio, ſublato antiquo emancipandi ritu, pro capitis diminutione, amplius haberi non poſſe videtur, *v. l. 3. §. 1. de cap. minut.* quamvis de hoc interpretes litigent, *v.* HUBER. *digreſſ. l. 3. c. 6.* ita hodie nulla prægnans apparet ratio, cur adoptioni & emancipationi nomen capitis diminutionis inſuper affricare debeamus, nam nec tantus, ut olim, hodie patriæ poteſtatis eſt rigor, nec emancipatio, cum patria poteſtate,

ſtate, jus familiæ ſeu agnationis tollit, aut adoptio, cum illa, hoc, quoad omnes effectus, conſtituit.

§. 22. Cæteras hominum differentias, quod v. g. ſint *Nobiles* aut *plebeji &c.* jam commemorare non attinet, cum enim illæ in adeo multa juris capita non influant, non opus eſt, ut præſupponantur, ſed ſufficit, ſi in loco proprio recenſeantur. Univerſos autem Reipublicæ alicujus ſubditos, multiplici ratione diſtinctos, per generales diviſiones & ſubdiviſiones, adæquate repræſentare vix licet, certe talis repræſentatio plus difficultatis, quam utilitatis habitura videtur.

§. 23. Ad illum tamen ſcopum tendunt diviſiones, in *Inſtitutionibus Juſtinianeis* commemoratæ, juxta quas homines vel *alieni*, vel *ſui juris*, & hi, vel *in tutela*, vel *in cura* eſſe, vel *neutro jure* teneri perhibentur. Sed illis nihil artis & utilitatis ineſt, utut ita inolitæ ſint, ut multi, Jurisprudentiam ruituram, fere credant, ſi egregia illa fulcra ſubduxeris, nam inter membra dividentia nimis magna eſt inæqualitas, præterea quædam ſunt negativa, ac nihil poſitivi continent, ceu jam admonui in JUR. FEUD. *c. 26. §. 3. 4.*

CAPUT II.

DE OFFICIIS HOMINIS ERGA SEIPSUM.

SUMMARIA.

Officii Hominis erga ſeipſum veritas & ſumma §. 1.
Reſpicit culturam animi & corporis §. 2. 3.
Hæc in Germanis quoque obtinent §. 4.
Autochiriæ definitio §. 5.
Deficiente voluntate §. 6.
Et legis prohibitione, illa non committitur §. 7. 8.
Veteribus nonnullis ac Romanis etiam JCtis autochiria fuit probata §. 9. 10.
Non tamen, quæ ob conſcientiam criminis ſuſcipitur, fuit impunis §. 11.
Hodie omnis autochiria vera punitur §. 11. 12.
Pœna autochiriæ attentatæ ſecundum jus Romanum §. 13.
Et mores noſtros, cum monito de obſervanda lenitate §. 14.

§. 1.



His præſuppoſitis, ſpecialius jura Hominum Exiſtentium, juxta indicium *c. 1. §. 3.* conſideranda erunt, & primo quidem homo, ratione ſui ipſius, ſpectandus videtur. Obligari homines lege naturali, erga ſeipſos, ſeu ad officia quædam ſibi ipſis præſtanda, certum omnino eſt; Omnis vero officiorum illorum

rum cognitio, ex accurata sui ipsius cognitione, resultat, nam ex hac patet, generaliter legem naturalem exigere, *ut quivis seipsum, pro ratione sui status, ita amet, ut officia proximo & Deo debita non negligat*, nam inter hæc æquilibrium & nonnunquam prærogativa servari debet.

§. 2. Exinde sequitur, quod homo animum honesti aliarumque rerum necessariarum cognitione imbuere, eumque ita adsvefacere debeat, quo idem imperium in cæteras facultates retineat, ac virtutis & prudentiæ habitu induatur. Non minus quoque inde liquet, quod Corpus alere, sanitatem, membrorum integritatem ac vitam conservare, adeoque inprimis à propria violentia & læsione abstinere debeat.

§. 3. Porro ad officium hominis erga seipsum pertinet, ut corpus vivum, sanum & integrum ita expoliat, quo honeste & utiliter illud agere possit, contra quod officium peccant otiosi, ignavi, sordidi, Eremitæ, Monachi, valida mendicabula, aliique ejus furfuris homines. Cum etiam, membrum societatis humanæ, quod, ad sui conservationem, variis bonis externis indigeat, se esse intelligat homo, ideo in appetendis bonis illis, existimatione, opibus & muneribus nimirum, ex regulis amoris proprii, recte se gerere debet. *v.* OBSERV. PUFEND. *Obs. 109. seqq.*

§. 4. Hæc ex generalibus deducta principiis, quo minus etiam ad Germanos applicentur, nihil omnino obstat. Interim, in vita civili, illorum officiorum exigua solet haberi ratio, hinc corporis animique cura impune negligitur, imo, licet quis ingluvie, alioque imprudenti actionum suarum moderamine, morbos sibi attrahat, aut etiam fata acceleret, eo tamen nomine pœnam non metuit, utut excessus illi sint frequentissimi, hinc etiam in Jurisprudentia particulari, nihil fere de his officiis traditur. *add. A.* MATTHÆI *de crimin. l. 47. ff. tit. ult. c. 6. n. 5.*

§. 5. Alia tamen est ratio *Autochiriæ* seu *Propricidii*, quod in societate civili extra pœnam esse non solet, hinc de eo aliqua hic quoque tradenda erunt. Autochiria est *voluntaria sui ipsius occisio, contra legis prohibitionem directe vel indirecte facta.* Duo igitur, ut in aliis delictis, ita hic etiam requiruntur, nempe *voluntas*, quæ gradibus

dibus suis discernitur, & *legis prohibitio*, quæ quoad factum voluntarium, tamdiu præsumitur, donec probetur exceptio.

§. 6. Ex quo etiam liquet, quod duplicis generis exceptiones, ubi interemtio propria in crimen non incidat, occurrere queant, si scilicet vel *voluntas*, vel *legis prohibitio* deficiat. Ad primam classem pertinet cædes ab eo facta, qui alienatione mentis, vel perpetua vel temporaria laborabat, hanc enim excusandam & commiseratione dignam esse, facile constat, licet aliquo modo dissentiat CARPZ. *Pr. Crim. p. 1. qu. 2. n. 29.*

§. 7. Secundi generis exceptiones occurrunt in iis, qui ob salutem publicam mortem oppetunt, quales sunt milites, qui in bello justo occumbunt, ut & illi, qui ad reprimendam calamitatem incendio, aqua, vel simili causa excitatam, accurrunt, in eaque pereunt, nam his casibus socialitas philautiâ potior est. Sic illi quoque excusandi videntur, qui fata sibi accelerant, quod certitudine moraliter infallibili prævideant, mortem sibi paulo post, ab hoste injusto, cum ignominia & cruciatu, allatum iri, quemadmodum etiam certum videtur, quod delinquentes, jussu Magistratus, mortem promeritam sibi ipsis inferre queant. *v.* PUFEND. *de J. N. G. l. 8. c. §. 4.*

§. 8. Qui vero tædio vitæ, doloris impatientia vel simili causâ, se occidunt, illi aliquo quidem modo, sed non penitus excusari possunt, nam nec cædes illa, est plane involuntaria, nec, legis prohibitionem hic cessare, ostendi potest, ut nec primi, nec secundi generis exceptio hic occurrat, *add. C. 12. qu. 5. Caus. 23.* HEIG. *p. 2. qu. 36.*

§. 9. Veteribus nonnullis, ac præcipue Stoicis, autochiria licita visa est, *v.* PUFEND. *de J. N. G. l. 2. c. 4. §. 17. 19.* GROT. *de J. B. P. l. 2. c. 19. §. 5.* quamvis forte non omne propricidium, sed illud saltem, quod ob tædium vitæ similemque causam perpetratur, probaverint, quæ etiam juris Romani sententia esse videtur, ceu liquet ex *l. 11. §. 3. de his qui not, infam. l. 2. C. qui testam. fac. l. 3. §. 4. de bon. cor. qui mort. l. 1. 2. C. eod. l. 6. §. 7. de injust. rupt. irrit. l. 1. §. 23. de SCto Silan. l. 45. §. 2. de jur. fisc. l. 43. §. 4. de ædilit. edict. l. 34. de testam. milit. l. 6. §. 7. de re milit. l. 38. §. fin. de pœn. l. 2. C. ubi caus. fisc.* nec contrarium probatur ex *l. 13. pr. ad L. Aquil.* quam nonnulli allegant. *v.* CARPZ. *Pr. Crim. qu. 2. n. 26.*

§. 10. Imo servis simpliciter permissa fuisse videtur autochiria *l. 9 §. 7. de pecul.* quia infra legum curam fuerunt, *l. 32. de R. J.* ceu non male sentit FINCKELTH. *Obs. 43. n. 4.* nam responsio, quod *d. l. 9. §. 7.* loquatur de *facto*, non de *jure*, vid. CARPZ. *d. qu. 2. n. 27.* menti JCti parum convenit. Malus tamen servus creditur, qui aliquid facit, quo magis se rebus humanis extrahat *l. 23. §. 3. de ædilit. edict.* non ratione *sui ipsius*, sed *domini* & *aliorum*, in quos talis homo desperatus nihil non ausurus præsumitur *d. l. 23. §. 3.* & *l. 3. §. 6. de bon. eor. qui ante sent.*

§. 11. In autochiriam simplicem consummatam, nulla pœna, quod sciam, jure Romano constituta est, quod si vero quis, conscientia criminis, quod confiscatio aliàs sequi solebat, *v. l. 3. §. 2. 3. de bon. eor. qui ante sent.* se ipsum occidisset, tum bona ejus fisco addicebantur & testamentum, si quod aderat, corruebat, ceu liquet ex *legibus §. 9. citatis add.* FINCKELTH. *d. Obs. 43.* Hodie simplex etiam propricidium punitur, dum cadaver propricidæ, à carnifice per fenestras dejectum, vel sub domus limine extractum, in loco infami sepelitur. CARPZ. *Pr. Crim. p. 1. qu. 2. n. 30. seqq.*

§. 12. Confiscatio autem bonorum non obtinet, etiamsi quis, conscientia criminis gravioris, seipsum occidisset, nam illa regulariter hodie cessat; Nec audiendus est carnifex, qui ea omnia, quæ in loco cadaveris occisi reperiuntur, quæque ipse stans, in circumferentia, supra & infra, gladio attingere potest, suo lucro cedere pertendit, CARPZ. *d. l. n. 32.* Quod si quis ex furore & melancholia violentas manus sibi intulerit, de ejus salute bene sperandum, ejusque cadaveri parcendum erit. HEIG. *p. 2. qu. 36. n. 74. seqq.* quemadmodum etiam in dubio, semper in meliorem partem fieri debet præsumtio.

§. 13. Quodsi quis autochiriam non perfecerit, cum eam sponte, ac sine urgente aliqua causa, tentasset, tum etiam de jure civili *l. 3. §. 6. de bon. eor. qui;* & aliquando quidem, capite punitur, *l. 38. §. fin. de pœn l. 6. §. 7. de re milit.* cujus ratio esse videtur, quod hoc casu, de causa suscipiendæ autochiriæ constet, cum, eâ consummata, mors superveniens eam apparere non sinat, adeoque in dubio mitius præsumatur & pœna excludatur.

§. 14. Hodie quoque attentatum propricidium arbitrariè punitur, CARPZ. *Pr. Crim. p. 1. qu. 2. n. 37. seqq.* In genere observandum, quod

quod nulla gravis causa pœnam, vel quoad consummatam vel attentatam autochiriam, postulet, nec enim in hoc crimen homines valde propendent, & vix erit casus, quo quis, liquida mentis destinatione, in se ipsum sæviat, sed utplurimum grave, ac rationis imperium destruens, malum, homines, ad hoc facinus, subigit, hinc lenitas semper rigori hic est præferenda.

CAPUT III.
DE OFFICIIS SOCIALITATIS IN GENERE.

SUMMARIA.

§. I.

DEinde Homines Existentes, erga se invicem considerari, eorumque mutua jura & officia expendi debent, cum autem illa tractatio latissime pateat, rationis est, ut ejus fundamenta in genere primò exhibeantur. Obligari homines, per legem naturalem, ad amorem sive socialitatem, erga se invicem exercendam, certum est ac alibi pluribus demonstratur. Videtur autem amor proximi summatim in tribus consistere (1.) in *collatione boni*, (2.) *mali aliunde imminentis aversione*, & (3.) *læsionis propriæ omissione*, quæ omnia adeo lex naturalis à Germanis quoque exigit.

§. 2. Primo igitur requirit lex naturalis duos priores socialitatis sublimioris gradus, seu, ut aliis indefinite & definite prosimus, adeo-

que non tantum officia humanitatis ipsis exhibeamus, sed & beneficia, impensis aut operâ laboriosâ constantia, in eos, data occasione, conferamus; uti autem illa officia sunt reciproca, ita inprimis eum, qui aliorum humanitatem expertus est, benefactori favere, ac par pari referre oportet, quæ obligatio ingratitudine violatur. *v.* OBSERV. PUFEND. *Observ. 185. seqq.*

§. 3. Cum autem illa officia sint laxiora, nec se exserant, nisi posita commoda occasione, præterea etiam societas civilis consistere possit, licet illa omittantur, ideo in foro civili, arctior quædam necessitas iis circumponi non solet, sed eorum potius executio, conscientiæ & pudori cujusvis relinquitur; dubitandum tamen non est, quin aliquando Imperans, ad illa implenda, subditos cogere queat, quemadmodum etiam insolitum non est, ut leges civiles occasionem exercendæ humanitatis, subditis suppeditent.

§. 4. Inprimis lex naturalis exigit tertio, ut à læsione homines abstineant, qui infimus, sed maxime necessarius socialitatis est gradus, quo generaliter neglecto, nulla societas consistere potest. Uti autem hoc præceptum omnes homines afficit, ac observatu facile est, ita ad omnes res, quæ vel à natura dependent, vel facto humano, aut lege positiva, legitime sunt acquisitæ, aut alicui saltem destinatæ, extenditur.

§. 5. Nemo igitur lædendus est quoad vitam, corpus, membra, *v. l. 3. de J. & J.* pudicitiam, libertatem, existimationem aliaque bona, quæ vel bono titulo possidet, vel quæ jure perfecto ei debentur, imo nec ea, quæ alicui certo satis destinata sunt, intercipienda sunt, sed hæc læsio subtilior est, adeoque sæpe impune committitur. Ad ista officia negligenda, pravi affectus, ac inprimis avaritia & superbia, homines impellunt, quæ tamen quamdiu in facinora non erumpunt, extra pœnam sunt, ac sæpe commiserationem aut risum magis, quam indignationem merentur. *v.* OBSERV. PUFEND. *Observ. 153. 172 seqq.*

§. 6. Ex prohibita læsione, amplius resultat, ut damnum sponte, contra legis prohibitionem, invito datum, resarciendum sit, frustranea enim foret læsionis prohibitio, si, ea neglecta, nulla damni restituendi esset necessitas, quare ad omnes casus, quos præceptum

de

de non lædendis aliis, complectitur, eadem quoque pertinere censenda est. Interim uti una læsio, alterâ, quandoque est subtilior, adeo ut fere pro læsione non habeatur, ita etiam damni illati æstimatio, non omnibus in casibus expedite satis fieri potest.

§. 7. Sed operæ pretium erit, specialius nonnihil officium hoc persequi. Per *damnum* hic intelligitur, *rei, perfecto jure ad nos pertinentis, ablatio vel corruptio. v.* PUFEND. *de J. N. G. l. 3. c. 1. §. 3.* Latius igitur hic supponitur, quam in Lege Romanorum Aquilia, ubi notat *corruptionem rerum præcipue in patrimonio existentium*, de quo damno uti alibi agemus, ita manifestum est, quod in vita civili, latior damni suppositio quoque occurrat, adeoque in Jurisprudentia negligi non debeat. *vid.* OBSERV. PUFEND. *Obs. 155. 156. 157.*

§. 8. Quo quis autem ad damnum resarciendum obligetur, requiritur (1.) ut *id immediate vel mediate intulerit:* qui vero realis aliquid operæ ad illud non contulit, qualis est, qui alienis malis lætatur, qui patratum damnum laudat, excusat, antequam fiat, optat, ac dum fit, favet aut assentatur, is occasione damni peccat quidem, ad ejus tamen restitutionem non tenetur. *v.* PUFEND. *de J. N. G. l. 3. c. 1. §. 4.*

§. 9. Debet etiam damnum (2.) *sponte* i.e. *dolo vel culpa esse illatum.* Dolus est *liberum propositum agendi contra legem, v. l. 1. c. 14. §. 5.* Sive est *machinatio alium scienter & maligno animo lædendi, v. l. 71. §. 8. de A. vel O. H.* hoc sensu dolus est velut anima omnium delictorum verorum, *v. l. 14. §. 13. quod met. caus. l. 2. pr. §. 8. de vi bon. rapt. l. 7. 10. ad L. Cornel. de sicar.* Aliquando dolus sumitur specialiter pro *fraudulenta machinatione, qua aliud agitur, aliud simulatur, alterius decipiendi gratia*, quæ strictior suppositio ad contractus similesve actus pertinet, *v. l. 1. §. 2. de dol. l. 7. §. 9. de pact. l. 43. §. 2. de C. E. V.* LAUTERB. *C. J. de dol.* DONELL. *Comm. Jur. civ. l. 15. c. 40. lit. d. seqq. ibique Hillig.* sed hic dolus generaliter accipitur.

§. 10. Culpa est *voluntas liquidæ destinationis expers, v. l. 1. c. 14. §. 5.* sive est *inconsulta & imprudens diligentiæ necessariæ omissio.* Distinguitur in *culpam latam*, quæ diligentiam infimam, *levem*, quæ mediam, hominibus utplurimum usitatam, & *levissimam*, quæ summam & exactissimam omittit, quos terminos late satis illustrat

LAUTERB. *C. J. commod. add.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 395. 396. 397. 398.*

§. 11. Jam quod attinet necessitatem damni restituendi, duo casus separari debent, vel enim *damnum illatum est, nullo contractu praecedente*, hoc, omne, etiam levissima culpa datum, resarciendum est, nam voluntarium est, & læsum in læsionem consensisse, ex nullo indicio apparet, *v. l. 44. ad L. Aquil.* aliquando tamen humanitas, ad vivum omnia resecari, vetat, *v. l. 3 §. 9 de N. G.* Vel inter *læsum & lædentem contractus antea celebratus est*, hoc casu quid lædentem præstare oporteat, ex *l. 5. §. 2. commod. l. 23. de R. J.* ostendere solent, sed tota doctrina, quatenus præjudiciis nonnullis haud est corrupta, naturalis est.

§. 12. In omni igitur contractu dolum esse præstandum, facile liquet, & vulgo recte dicitur, adeo ut nec conventione illa præstatio queat excludi, ceu amplius docent *l. 23. de R. J. l. 27. §. 3. de pact. l. 17. pr. commod.* sed pacto tamen effici potest, ne dolus committatur, hinc inanis illa videtur subtilitas, *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 395.* Quousque autem culpa præstanda sit, id ex *conventione partium expressa*, &, hac deficiente, *natura contractus* judicandum esse censent.

§. 13. Hinc hæ regulæ inculcantur: (1.) Si contractus respiciat solius accipientis utilitatem, tum accipiens omnem culpam præstare debet, *l. 5. §. 2. commod.* dans vero solum de dolo tenetur, *l. 61. §. 6. de furt.* (2.) Si utriusque versatur utilitas, levem culpam sibi invicem præstant contrahentes. *l. 5. §. 2. commod. l. 18. pr. eod. l. 31. in fin. locat. l. 108. §. 12. de Legat. 1.* (3.) Si solius dantis subest utilitas, accipiens tantum latam culpam præstat, *l. 5. §. 2. 10. l. 12. pr. commod. l. 1. §. 5. de O. & A.* dans vero omnem, *l. 61. §. 5. de furt. v.* LAUTERB. *C. J. commod.*

§. 14. Enimvero istud docendi genus in eo impingit, quod mature nimis, ad *naturam contractuum*, provocetur, & circumstantiæ evidentiores, ex quibus læsi consensus queat colligi, negligantur, hinc ab ipsis JCtis ferè desertum est, ubi ad applicationem fuit deventum. Rectius igitur res sic explicari posse videtur: *quævis culpa, modo revera admissa sit, damni restitutionem operatur*, exceptio perpetua est, *nisi læsus in aliquem culpæ gradum consenserit.*

§. 15. Consensus autem læsi evidentissime colligitur ex *conventione expressa*, ceu hactenus recte sentiunt Romani *l. 5. §. 2. 10. commod.*

l. 23. de

l. 23. *de R. J. l.* 1. §. 6. *depos. l.* 1. *C. eod.* modo conventio valida sit, *v. l.* 6. *de pact. dotal.* Ea deficiente ad *modum contrahendi* erit respiciendum, hinc qui deposito se obtulit, de omni culpa tenetur, *l.* 1. §. 35. *depos.* Quodsi peculiaris modus non occurrat, *persona contrahens* erit spectanda, nam non aliam, quam quâ illa res suas prosequitur, diligentiam videmur exigere, §. *fin. I. de societ. l.* 1. §. 5. *de O. & A.* his omnibus cessantibus, *natura contractus* demum in subsidium vocanda, & vulgaribus regulis locus erit, *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs.* 399.

§. 16. Quodsi neque dolo neque culpa damnum illatum sit, tum dicitur *fortuitum*. Casus ergo fortuitus hic est *eventus noxius, à facto involuntario ejus, de cujus obligatione quæritur, vel extrinsecus dependens*, *l.* 2. §. 4. *de admin. rer. ad civit. pert. l.* 23. *de R. J. l.* 4. *C. de peric. tutor. l.* 11. §. 5. *de minor. l.* 29. §. 2. *mand. l.* 6. *C. de pign. act. l.* 1. §. 4. *de O. & A. l.* 15. §. 2. *locat. l.* 18. *commod.* Hoc damnum regulariter non esse præstandum, ex communi ratione facile intelligitur, & *d. ll.* alibique passim inculcatur.

§. 17. Exceptio est, nisi quis *pacto* vel directo vel indirecto, quale in æstimatione rei, venditionis gratia factâ, latet, casus fortuitos in se receperit, *v. l.* 9. §. 2. *locat. l.* 6. *C. de pign. act. l.* 1. *C. commod. l.* 1. *C. depos. l.* 10. *C. de jur. dot. l. un.* §. 9. *C. in fin. de R. U. A.* aut casum præcesserit *dolus* vel *culpa alias præstanda*, *l.* 5. §. 5. 7. *commod.* vel *mora efficax* intervenerit *l.* 23. *de V. O. l.* 14. §. 1. *depos. l.* 8. §. 6. *de precar. l.* 47. §. *fin. de legat.* 1. quæ omnia ex naturalibus resultant principiis, & prolixius quoque illustrantur à LAUTERB. *C. J. Commod. in fin. add.* OBSERV. LAUTERB. *Obs.* 400. 401. 560. 706.

§. 18. Mora est *injusta rei faciendæ dilatio*, *l.* 21. 22. *de usur.* quod si ex proæresi hoc fiat, mora, est species doli, si ex negligentia & imprudentia, species culpæ. Contrahi dicitur vel ex *persona debitoris*, qui non solvit interpellatus, aut per actionem motam, *l.* 1. *C. de usur. rei jud.* aut privatam admonitionem, *l.* 32. *de usur. l.* 23. 127. *de V. O.* aut lapsum diei, *l.* 12. *C. de contr. & committ. stipul.* vel *ex re*, sine ullo hominis facto, ex sola legis dispositione, *l. fin. de condict. furtiv. l.* 3. *C. ex quib. caus. in integr. restit. l.* 26. §. 1. *de fideicom. libert. v.* LAUTERB. *C. J. de usur. in fin.*

§. 19. Ca-

§. 19. Cæterum iſta docendi ratio in penitiorem cognitionem nos non deducit, aut rationem moræ commiſſæ ſatis explicat, quare ita potius diſtinguendum: Vel quis obligatur ex *delicto* v. gr. furto, tum, quia obligatio certa, & dominus nullatenus in aliquam dilationem conſentit, ſtatim, à tempore commiſſi delicti, delinquens in mora eſt, *l. fin. de condict. furt.* id quod non autoritate legis poſitivæ conſtituitur, ſed ex indole facti reſultat; vel ex *contractu*, tum intereſt, an ille ſit *bilateralis* vel *unilateralis*.

§. 20. Priori caſu, quia præſtationes ſunt reciprocæ, alter in mora conſtituitur, ſimulac alter ſuum præſtitit, nec in dilationem conſenſit, *l. 13. §. 20. de A. E. V. l. 18. §. fin. de uſur.* nam facta præſtatio ſimul interpellat: quodſi vero præſtans, in dilationem conſentiat, tum alter, non niſi nova interpellatione, in mora conſtituitur, *v. l. 88. de R. J.* Poſteriori caſu, diſtinguendum eſt, utrum obligatio *in diem concepta*, an *pura* vel *conditionalis* ſit.

§. 21. In obligatione in diem, mora, poſt diei lapſum, contrahitur, *l. 12. C. de contr. & comm. ſtipul. l. 2. C. de jur. emphiteu.* dum enim terminus ſolutionis eventualiter eſt præſtitutus, eo ipſo creditor ſatis declaravit, quamdiu expectare velit; ſed in obligatione pura & conditionali, demum per interpellationem debitor in mora conſtituitur, cum enim terminus faciendæ ſolutionis hic non ſit ſtatutus, ideo quamdiu Creditor non interpellat, tamdiu in dilationem conſentit, *l. 32. de uſur.*

§. 22. Quodſi tamen Creditor vel ob ætatem vel ignorantiam non interpellet, aut ob timiditatem ſimilemve cauſam id facere non audeat, tum ſtatim, à tempore debiti contracti, debitor in mora eſt, quo pertinet *l. 3. C. ex quib. cauſ. in integr. l. 26. §. 1. de fideicom. libert.* quibus caſibus mora *ex re* fieri dicitur, ac intercedit *interpellatio præſumta*, quam quidem non ſola lex poſitiva ac ſpeciatim Romana facit, ſed quæ, per rectam rationem, ex voto illarum perſonarum, merito adſtruitur. De cætero, poſita licet mora, non tamen ſemper omnes ejus effectus ſequuntur, *v. l. 22. de donat.* OBSERV. LAUTERB. *Obſ. 580. 704. 705.*

§. 23. Ob interveniens igitur pactum, dolum, culpam & moram, etiam damnum fortuitum præſtandum eſt. Quodſi quis genus aut quantitatem debeat, & caſus fortuitus eadem imminuat, debitor ta-

tamen non liberatur *l. 11. C. si cert. pet.* sed hæc proprie non est exceptio, quasi scilicet hic quoque casus fortuitus præstandus sit, nam obligatio ideo manet, quia damnum fatale rem debitam non afficit.

§. 24. Ut damni restitutio obtineat, requiritur (3.) *ut, contra legis prohibitionem, damnum sit datum*, nam quod, lege permittente aut præcipiente, infertur, extra restitutionis necessitatem positum est, *l. 3. de J. & J.* modo lædentis excessus non interveniat, *v. §. 2. I. ad L. Aquil. l. 5. 7. §. 4. l. 45. §. 4. l. 52. §. 1. ff. eod. c. 12. x. de restit. spol.* (4.) ut *invito damnum accidat, v. l. 11. pr. ad L. Aquil. l. 203. de R. J.* CARPZ. *p. 4. C. 10. D. 4. & p. 2. qu. 99. n. 53.* hinc si quis, etiam in sui vulnerationem aut mutilationem, consentiat, consensus non quidem pœnam, attamen damni restitutionem excludere videtur.

§. 25. De cætero hactenus dicta, circa omnis generis damnum, locum inveniunt, adeoque homicida, vulnerans, adulter, stuprator *vid.* PUFEND. *de J. N. G. l. 3. c. 1. §. 7. seqq.* fur, raptor, impostor, & quicunque alium quavis ratione, in re æstimabili, læsit, ad damni restitutionem tenetur, sæpe vero iis casibus, quibus accurata æstimatio iniri nequit, transactione res componitur, qua de re, in sequentibus, pro re nata, dicendum erit. *conf.* OBSERV. PUFEND. *Obs. 170.*

CAPUT IV.
DE PACTIS.

SUMMARIA.

§. I.



X prohibita læsione, uti damni restituendi, ita etiam fidei servandæ necessitas resultat, si quis enim pacto alteri quid promittat, tum huic jus ad rem est quæsitum, quod adeo ei promissor intervertere non debet, hinc invitus ad promissum implendum cogendus est. Ordo igitur nunc postulat, ut de Pactis in genere eorumque jure agatur.

§. 2. Pactum maxime necessarium societatis humanæ & civilis instrumentum *v.* OBSERV. PUFEND. *Obs.* 198. est *duorum pluriumve, in idem placitum consensus, obligationis constituendæ vel tollendæ causa, datus, v. l. 1. §. 2. de pact.* A *fine* est vel *obligatorium*, quo obligatio constituitur, vel *liberatorium*, quo eadem tollitur, vel *mixtum*, quo utrumque agitur, ut Novatio & Transactio.

§. 3. Iam de obligatorio tantum dicendum erit. Ejus essentia consistit in *Consensu*, nam uti sine hoc præstationem quandam, præcipue molestam & satis operosam, aliquem postulare, læsio est, ita, eo posito, omnis querendi causa cessat, & jus naturale præstationem illam exigit. De cætero consensus ille debet esse (1.) *Verus* (2.) *Declaratus* & (3.) *Mutuus.*

§. 4. *Veritas* consensus summatim æstimatur (1.) ex *facultate consentiendi physica*, in quibus ergo usus rationis vel penitus, vel quatenus ad pacta requiritur, deficit, illi consentire nequeunt, (2.) ex *facultate morali*, quæ aliquando per leges divinas & humanas, facta prohibitione, aufertur, in dubio tamen illa adesse præsumitur.

§. 5. Uti autem dubitandum non est, quin leges quoque humanæ paciscendi facultatem aliquando auferre queant, nam hæc est vis imperii civilis, ita observandum, quod indistincte id facere non soleant, sed potius triplici modo circa subditorum actus versentur, eos scilicet vel *prohibendo*, vel *paciscentibus facultatem pœnitendi concedendo*, vel

vel *actibus sua autoritate non assistendo;* illo casu paciscendi facultas sublata est, adeoque nec obligatio oritur, nec ultro pactum servari potest, isto, obligatio quidem non adest, ultro tamen pactum servare licet, hoc, obligatio naturalis, ad promissum implendum, existit.

§. 6. Porro veritas consensus, æstimatur (3.) ex *serio & libero facultatis consentiendi exercitio.* Vere igitur non consentiunt, qui per jocum vel verba honoris aliquid promittunt, ut &, qui errant, decipiuntur aut injuste coguntur, de quibus postea explicatius agemus. Illi quoque vere consentire non censentur, qui *sine causa* paciscuntur, *vid.* LAUTERB. *C. J. de pact. lit. C.* sed hoc, saltem in pactis successivis & cum magno alterius incommodo conjunctis *v. l. pen. de pact.* admittendum videtur, *vid.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 59. 62.*

§. 7. Deinde requiritur, ut consensus sit *declaratus.* Declaratur autem vel signis ad hoc receptis, unde oritur consensus *expressus*, vel ex facto, silentio aliisque circumstantiis colligitur, hinc *tacitus* existit, *v. l. 2. §. 1. l. 4. 57. de pact. l. 5. C. de usur. l. 13. pr. l. 17. §. 1. de usur. l. 7. in quib. caus. pign. tac. l. 3. C. eod. l. 6. §. 2. l. 18. mand. l. 142. de R. J. v.* CARPZ. *p. 2. C. 29. D. 12.* vel ignorantis consensus, æquitatis gratia, asseritur, qui *præsumtus* vel *fictus* dicitur. OBSERV. PUFEND. *Obs. 205. seqq.* LAUTERB. *Obs. 56.*

§. 8. Apud Romanos, solennis verborum nuncupatorum conceptio, dicebatur *stipulatio*, eratque commune negotiorum, tam obligatoriorum quam liberatoriorum, expediendorum instrumentum. Quodsi vero consensus pactitius, speciali nomine destitutus, verbis solennibus involveretur, tum ille, solennitate ista stipatus, peculiari sensu, audiebat *stipulatio*, vel *Contractus verbalis*, qui adeo, à pacto generaliter accepto, in eo saltem differt, quod verba solennia habeat adjuncta. Sed cum hodie, solennitas verborum, ad valorem pactis conciliandum, haud requiratur, ideo pactum & stipulatio promiscue accipi ac utrique nomini eadem tractatione, satisfieri potest. *vid.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 1152.*

§. 9. Denique consensus etiam debet esse *mutuus*, nam nisi utriusque paciscentis voluntas, in idem placitum conspiraverit, obligatio nasci non potest, *v. l. 10. de donat. l. 55. 57. de O. & A.* utrius

Bb 2 autem

autem voluntas præcedat vel ſequatur, nihil refert. Quando igitur Romani, pollicitationem, *ſolius offerentis promiſſum* eſſe cenſent *l. 3. de pollicitat.* tum veritati & ſibi ipſis obloqui cenſendi ſunt, *vid.* OBSERV. LAUTERB. *Obſ. 1494.*

§. 10. Pacta ineunt, qui facultate conſentiendi phyſica & morali gaudent, ac ſerio & libere conſentiunt, cujuscunque ſint conditionis, *v. l. 6. C. de revoc. donat. l. 39. 48. 52. §. 9. 10. de O. & A. l. 4. §. 1. de pact. l. 9. de adopt.* Excluduntur ergo amentes *l. 5. 40. de R. J. l. 70. §. 4. de fidejuſſor. l. 2. C. de C.E.V.* infantes, *§. 9. I. de inutil. ſtipul. l. 14. de ſponſal.* extreme ebrii, *c. 7. c. 15. qu. 1. c. 14. X. de vit. & honeſt. Cler.* dormientes, *l. 1. §. 3. de A. A. P.*

§. 11. Ob legis prohibitionem quoque pacta ſunt invalida, ut medici & ægroti quoad ſanitatem, *l. 9. C. de prof. & medic. l. 3. de extraordin. cognit.* advocati & clientis de quota litis, *l. 53. de pact. l. 6. §. 2. de poſtul. l. 1. §. 12. de extraordin. cognit.* modo pactum ſit initum lite cœpta, & in caſum victoriæ. Sed hæc prohibitio ex rationibus Romanis dependet, *v.* CORNEL. VAN ECK. *differt.* de Quota lit. *hab. Ultraject. 1698.* & hodie exugui videtur uſus, *v.* CARPZ. *p. 1. C. 1. D. 24. 34.* Inter liberas Gentes legum prohibitio ſæpe negligitur, ac utilitate omnia definiuntur.

§. 12. Pacta patris & liberorum, quoad peculium profectitium, etiam ſunt invalida *§. 6. I. de inutil. ſtipul. l. 2. de C. E. V. l. 4. de judic. l. 7. de O. & A.* non ob aliquam prohibitionem, ſed conceſſam patri pœnitendi facultatem, quæ diſpoſitio hodie exigui itidem eſt uſus. Ob eandem rationem pupilli infantia majores, ſine tutorum autoritate *l. 28. de pact. l. 41. de condict. indeb. l. 59. de O. & A.* minores, *l. 3. C. de in integr. reſt. junct. l. 6. de V. O.* prodigi, *l. 1. 10. de curat. furioſ.* &, moribus noſtris, fœminæ, ſine Curatoribus, ex pactis ſuis non obligantur. *v.* LAUTERB. *C. J. de pact. lit. S.* CARPZ. *p. 2. C. 15. D. 1. 37.*

§. 13. Apud Romanos ſtipulatio tertio facta, ut ſcilicet hic vel jus exigendi acciperet, vel rem promiſſam lucraretur, erat invalida, *§. 4. 18. 19. I. de inut. ſtipulat. l. 38. §. 17. l. 126. §. 2. de V. O. l. 11. de O. & A. l. 73. §. fin. de R. J. l. 8. §. 6. mand. v.* LAUTERB. *C. J. de V. O. lit. S.* quod itidem non ex aliqua prohibitione, ſed proceſſa promiſ-

miſſori pœnitendi facultate, reſultaſſe arbitror. Licet vero illam diſpoſitionem ſequatur CARPZ. *p. 2. C. 33. D. 26. 27.* verius tamen eſt, quod illa non ſit recepta, ſed pactum tertio factum, accedente hujus ratihabitione, valeat. *v.* SCHILTER *ad ff. exerc. 8. §. 23. ſeqq.* MEV. *p. 4. D. 112.* BERGER. *in reſolut. ad* LAUTERB. *de V. O.*

§. 14. Materia pactorum ſunt *res* & *facta poſſibilia* & *licita.* Impoſſibilia igitur & turpia, fruſtra promittuntur, licet, eorum intuitu, obligatio acceſſoria naſci queat, *v.* OBSERV. PUFEND. *Obſ. 228. ſeqq.* In ſpecie igitur res, quæ neque exiſtunt, neque exiſtere poſſunt *v. l. 1. §. 9. de O. & A. l. 8. §. 1. l. 15. de C. E. V. l. 69. 83. §. 7. l. 103. de V. O.* ut &, quæ ſunt extra commercium, vel abſolute, vel ratione ſtipulantis *l. 83. §. 5. l. 34. de V. O. l. 6. 34. §. 2. de C. E. V.* denique quarum intuitu conventio eſt ſpecialiter prohibita, *t. t. de litigioſ.* in pactum deduci nequeunt, hinc etiam de rebus alienis, in præjudicium tertii, cui jus quæſitum paciſci non licet, *v.* OBSERV. PUFEND. *Obſ. 233. 234.* utut alio reſpectu conventio talis effectibus non plane careat, *v. l. 9. pr. §. 4. l. 22. §. 2. l. 36. de pign. action l. 15. commod. l. 25. §. 1. de C E. V.*

§. 15. De hæreditate delata, valida eſt conventio, *t. t ff. & C. de hæred. vel action. vend.* Sed circa viventium hæreditatem, jure Romano pacta improbantur, ſi ipſos paciſcentes reſpiciant, ſive ſint affirmativa, *l. 61. de V. O. l. 15. 19. C. de pact. l. 5. C. de pact. conv. tam ſup. dot. l. 4. C. de inut. ſtipul.* ſive negativa, *l. 94. de A O. H. l. 3. C. de collat. l. 35. §. 1. C. de inoff. teſtam. l. fin. de ſuis & legit. hæred.* inter milites tamen pacta valent *l. 19. C. de pact.* De tertii quoque incerti hæreditate paciſci licet, *l. 3. §. 2. pro ſoc.* ut & certi, ſi hic conſentiat & in illa voluntate permaneat, *l. fin. C. de pact. v.* CARPZOV. *p. 2. C. 35. D. 17. 18. 19. 20.* PISTOR. *l. 4. qu. 1. ſeqq.*

§. 16. Licet vero iſta Romanorum diſpoſitio, ob hæredipetarum improbitatem, invaluiſſe, adeoque à genio Germanorum abhorrere, & conſequenter non recepta videatur, *v.* SCHILTER *ad ff. Exerc. 8. §. 35. ſeqq.* attamen uſus fori ei quodam modo ſuffragatur. Inter perſonas tamen illuſtres, conjuges, parentes & liberos pacta ſucceſſoria, maxime jurata & judicialia, hodie valent, *v.* CARPZ. *p. 2. C. 35. D. 4. 25.* HAHN *de jur. rer. concluſ. 70. ſeqq.* LAUTERB. *C. J. de pact. lit. O.*

§. 17. De factis quoque, sive nudis sive non nudis, pacta valent, *l.72.52. §.1. de V. O.* modo non sint impossibilia aut turpia, *l. 7. 26.35. pr. §. 1. l. 137. §. 6. de V. O. l. 1. §. 11. l. 31. de O. & A. l. 15. de condit. instit. l. 7. §. 3.16. l. 27. §. 3. de pact.* vel inutilia, hinc non valet pactum, ne dominus rem suam alienet, *l. pen. de pact. l. 15. de servit.* nisi paciscentis intersit ob jus in re, quo casu alienatio, contra pactum facta, est nulla, *l. 7. §. fin. de distr. pign.* aut dominus rei suæ alienationi eam adjecerit legem, ne a novo domino alienetur, *l. 20. §. 1. de pact. dotal. l. 48. de pact.* nam & tum juxta merum jus naturæ, alienatio suscepta, est nulla, sed, juxta leges Romanas, facta alienatione, saltem jus ad interesse oritur, *l. 3. C. de condict. ob caus. l. 135. §. 3. de V. O. v.* LAUTERB. *d. l. ibique Observ. 62.*

§. 18. Ex libertate naturali, pacta vel *pure* ineuntur, vel cum adjectione *conditionis*, *diei* aut *modi.* Conditio est *voluntaria eventus incerti futuri adjectio, eo animo facta, ut ejus existentia negotium perfectum resolvat, vel imperfectum perficiat, v. §. 6. I. de V. O. l. 39. de R. C. l. 34. §. 1. l. 79. pr. de condit. & demonstr. l. 9. §. 1. de novat. l. 18. de condict. indeb.* Proprie igitur conditiones non sunt, quæ (1.) actui tacite insunt, *l. 1. pr. §. fin. l. 99. de condit. & demonstr. l. 21. 41. §. 1. de jur. dot.* (2.) quæ tempus præteritum vel præsens respiciunt, *§. 6. I. de V. O. l. 10. de condit. instit. l. 1. §. 13. de bon. libert. l. 100. 120. de V. O.*

§. 19. Quo loco observandum, Romanos, in circumscribenda conditione, ideo valde fuisse sollicitos, qui actus puros, in diem & conditionales, quod transmissionem jurium, dispararunt. Quodsi autem hoc discrimen tollatur, prout sane nulla necessaria ratione nititur, tum negligentiori æstimatione, adjectionem incerti eventus, quæ dilationem affert, pro conditione habere licet.

§. 20. Porro conditiones proprie non sunt (3.) impossibiles & turpes conditiones, sive affirmative, sive negative subjiciantur, nam illo casu pactum destruunt seu illud fieri impediunt, *l. 7. 35. §. 1. l. 137. §. 6. de V. O. l. 1. §. 11. de O. & A.* aut etiam purum relinquunt, si autoritate legis positivæ detrahantur, *§. 10. I. de H. J. l. 1. 6. 14. de condit. institut. l. 3. de condit. & demon.* hoc vero, actum sua natura non suspendunt aut resolvunt, *§. 10. I. de inut. stipul. l. 7. 8. de V. O. l. 50. §. 1. de H. J.*

§. 21. Di-

§. 21. Distinguitur conditio (1.) ab *eventu adjecto*, in *potestativam*, quæ dependet ab arbitrio ejus, qui eam implere debet, *casualem*, cujus impletio à casu est, & *mixtam*, quæ partim arbitraria, partim fortuita est, *l. un. §. 7. C. de caduc. toll. l. fin. C. de necessar. serv. hæred. instit. v. l. 17. 46. §. fin. de V. O. l. 8. de O. & A. l. 7. ff. l. 13. C. de C. E. V. l. 60. de condit. & demonstr.* (2.) à *fine* in *suspensivam*, quæ actus perfectionem suspendit, & *resolutivam*, quæ actum purum & perfectum resolvit, *v. l. 2. de addict. in diem l. 1. de L. commiss.*

§. 22. Ad intelligendum conditionum effectum, triplex earum status est distinguendus, vel enim conditio *pendet*, vel *existit*, vel *deficit*. Suspensiva conditione *pendente*, jus ipsum quoque in suspenso & incertum est, *v. l. 16. §. pen. de fidejuss. l. 19. de const. pecun. l. 13. §. pen. de pignor. l. 41. de condit. & demonstr. l. 116. de V. O.* quia tamen promissor, voluntatem suam eventui cuidam pure adstrinxit, ideo cessat pœnitentia, *l. 8. de peric. & comm. rei vend.* stipulans recte dicitur creditor, *l. 42. de O. & A. l. 10. 54. de V. S.* ac spes, debitum iri, in hæredes transmittitur. *§. 4. I. de V. O. §. 24. I. de inutil. stipul. l. 57. de V. O.* quam transmissionem, quoad legata, male negarunt Romani *l. 42. de O. & A. l. 4. 5. §. 2. quand. dies leg. ced. l. un. §. 7. C. de cad. toll.*

§. 23. Conditione vero *existente*, pactum perficitur, *l. 7. C. de instit. & substit.* & quidem regulariter retro ab eo tempore, quo initum est *l. 26. de stipul. serv. l. 8. pr. de C. E. V. l. 8. pr. de peric. & comm. rei vend. l. 11. §. 1. l. 9. §. 1. qui potior in pign.* id quod etiam in legatis obtinet, *l. 26. de condit. instit. l. 105. de condit. & demonstr.* Neque vero hoc est ab aliqua fictione, sed interpretatio illa naturalis est, nam conditio solum pertinet ad *veritatem* obligationis, ut hæc scilicet non aliter adsit, quam conditione expleta, non vero continet *terminum* à quo obligatio debeat incipere.

§. 24. Censetur autem existere conditio, si casualis revera venerit, potestativa vero aut mixta, vel in forma specifica, *l. 44. de condit. & demon.* vel per æquipollens fuerit impleta, *l. 16. de usufr. legat. l. 44. de H. J.* aut impleturus, facto alterius paciscentis, *l. 161. de R. J. l. 24. 81. §. 1. de condit. & demonstr. l. 50. de C. E. V. l. 50. in fin. de V. O.* vel casu impediatur, tum enim pro impleta habetur, *l. 1. C. de*

de instit. & substit. l. 14. 84. de condit. & demon. l. 92. §. 1. de Legat. 1. l. 20. de ann. legat. nisi forte alia agentium fuerit intentio, quo referenda *l. 4. C. de condit. insert. l. 94. pr. in fin. de condit. & demon. add.* BACHOV. *ad Tr. V. 2. D. 13. §. 6.* Quodsi conditio in non faciendo consistat, morte demum ejus, qui eam implere debet, perficitur *§. 4. I. de V. O.* in ultimis voluntatibus tamen, mediante cautione Mutiana pro impleta habetur, *v. l. 7. 18. 72. §. 2. l. 73. 101. §. p. de condit. & demon.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 942.*

§. 25. Conditione *deficiente*, deficit quoque aut concidit tota conventio *l. 37. de C. E. V. l. 8. pr. de peric. & comm. rei vend.* Esse autem nonunquam dubium, utrum conditio extiterit, an defecerit, ex *§. præc.* liquet, nec improbabile est, si, JCtos Romanos, in explicandis hisce voluntatis quæstionibus, aliquando dissensisse, dicas: Omnes igitur circumstantiæ, in casibus specialibus, accurate considerari, ac inde agentium voluntas erui debent, *v. l. 2. de condit. instit.*

§. 26. Circa conditionem resolutivam, juxta tres illos respectus, contrarii effectus occurrunt, nam, conditione illa *pendente*, actus interim valet, *l. 4. §. 3. 4. de in diem addict.* sed *existente*, resolvitur, & quidem, pro diversa agentium intentione, vel retro, vel à tempore existentis conditionis, *v. l. 2. 9. d. t. l. 2. C. de pact. int. emtor. & vendit.* denique *deficiente*, actus plene & irrevocabiliter redditur validus, *v. l. 4. §. 1. l. 15. de in diem addict.*

§. 27. Dies conventionibus aliisque actibus, vel obligationis, vel solutionis *differendæ* causa, adjici solet. Nam si dies simpliciter, *an* & *quando*, sit incertus, tum est instar conditionis, ac differt obligationem, *l. 16. §. 1. l. 56. de condict. indeb.* idem esse dicunt, si dies sit incertus, *an*, certus vero, *quando*, sed, talem diem frustra & contradictorie asseri, manifestum est, *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 66* nisi hoc intelligere velis de certitudine *consequentiæ*, non *existentiæ*, nam tum admitti potest. Quodsi autem dies, vel simpliciter, vel ratione τȣ̃ *an*, certus, debitoris gratia, adjiciatur, tum obligatio statim adest, sed exactio differenda, donec omne tempus, quod in conventione comprehensum, præterierit, *§. 2. 5. I. de V. O. §. fin. I. de inutil. stipul. l. 46. l. 41. §. 1. de V. O. l. 44. §. 1. de O. & A. l. 17. de condict. indeb.*

§. 28. Ali-

§. 28. Aliquando etiam dies, *finiendæ* obligationis causa, adjicitur, tum, eo elapso, obligatio cessat & subtilitas juris Romani in §. 3. *I. de V. O. l. 44. §. 1. de O. & A. l. 56. §. 4. de V. O.* hodie est inanis. Præterea dies, oligationis *temperandæ* causa, adjici dicitur ex *l. 10. de V. O.* sed non opus est, cum ibi agatur de vera conditione, cujus existentia, certo saltem tempore, est circumscripta. Denique etiam obligationis *multiplicandæ* gratia, dies accedere existimatur, ut, si in *singulos annos* legatum aut stipulatio concepta sit.

§. 29. Sed iterum non opus est, ut res, præter necessitatem, multiplicentur, nam ex sententia Romanorum, in legato annuo, primi anni legatum, est purum, sequentium vero, conditionale. *l. 4. 5. 8. 11. 17. de ann. leg. l. 10. quand. dies legat.* hinc hactenus diei nullus est effectus. Idem obtinet in stipulationibus, si conditio *quoad vivam*, sit expressa §. 3. *I. de V. O. l. 56. §. 4. ff. eod.* Quodsi autem stipulatio simpliciter, in *singulos annos*, sit concepta, tum primi anni stipulatio, est pura, sequentium vero, in diem *l. 16. §. 1. de V. O.* hinc dies non multiplicat, sed differt, adeoque pertinet ad §. 27. *h.* Idem est, si certa summa legata, & ejus solutio, in diversa tempora, collata *l. 20. quand. dies legat.*

§. 30. Videntur autem Romani legata annua cum, conventiones vero, sine conditione, ideo accepisse, quod in illis testator certæ personæ beneficium conferat, in his autem paciscens non sibi tantum, sed & hæredibus prospicere voluisse videatur, quæ ratio uti non plane improbabilis est, adeo ut in dubio illam interpretationem non male sequamur, ita illa non adeo perpetua censeri debet, ut non aliquando aliter se res habere queat, hinc circumstantiæ, in casibus specialibus, probe erunt attendendæ.

§. 31. Denique etiam modus i. e. *causa finalis, propter quam aliquid fit vel præstatur v. l. 17. §. fin. de condit. & demonstr.* conventionibus adjicitur. Non suspendit ille obligationem, adeoque conventio, pura est *v. l. 41. pr. de C. E. V. l. 17. §. 2. l. 44. de manum. testam. l. 40. §. fin. l. 80. de condit. & demonstr.* Quodsi tamen, post præstationem ab altero factam, modus non impleatur, tum ejus defectus, est instar conditionis resolutivæ, ac pactum destruit, adeo ut res data, regulariter ab accipiente, condictione *l. 8. C. de cond. ob caus.*

dat junct. l. 4. C. de res permut. aliquando etiam à quovis possessore, rei vindicatione, repeti queat *l. 1. C. de donat. quæ sub mod. add.* LAUTERB. *C. J. de pact.*

§. 32. Effectus pactorum, juxta jus naturale & mores Germaniæ, est *Jus & obligatio efficax*, modo serio illa sint inita, & nihil refert, sive sint principalia sive præparatoria, *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 63. 64.* Est tamen effectus ille intelligendus, juxta indolem initæ conventionis: In pactis puris *cessit* & *venit* dies, in conventionibus in diem, *cessit*, sed nondum *venit*, in conditionalibus, pendente conditione, neque *cessit*, neque *venit* vid. *l. 213. de V. S. l. 105. de solut.*

§. 33. Qua autem actione invitus, ad promissi impletionem, sit adigendus, id ex pactorum speciebus intelligendum est, nam singulæ fere propriam actionem, ut emti, locati &c. producunt. Quodsi aliquod pactum, in generali nomine, subsistat, tum actio inde competens, dici potest *condictio ex moribus*, quæ est *actio personalis, juxta æquitatis naturalis præscriptum, neglectâ juris Romani iniquiori sanctione, moribus introducta, qua promissor ejusque hæredes, ad implendum promissum, compelluntur.*

§. 34. Sed ut distinctius pactorum effectus intelligatur, considerandum est, utrum *factum*, an *res* sit promissa. Illo casu promissor, jure civili, censetur habere electionem, num factum exhibere, an id, quod alterius interest, præstare velit *l. 13. in fin. de re judic. l. 72. d. V. O.* sed uti illa electio, etiam de jure Romano, non male negatur ab HUBERO *in posit. ad I. de V. O. n. 24.* ita admissa Græcam Romanamque fidem satis redolet, adeoque in Germaniam non recepta censeri debet, *v.* SCHILTER *ad ff. exerc. 8.* §. 2.

§. 35. Hoc vero, promissorem, ad rem præcise præstandam, teneri, etiam de jure civili, plerique concedunt, nonnullis tamen, quos præjudicia, ex jure illo hausta, transversos agunt, dissentientibus, *v.* LAUTERB. *C. J. de pact. lit. E. de A. E. V. lit. O.* Obligationes igitur, sive pacto, sive alio modo, contractas, sequi debet *Traditio*, quæ duplici modo spectari potest, vel quatenus *rem debitam transfert*, vel *obligationem præexistentem tollit*, illo respectu nomen *traditionis*, hoc, *solutionis* magis est usitatum, sub quo etiam inter modos tollendi obligationes illa expenditur.

§. 36. Est

§. 36. Est igitur Traditio, *rei & possessionis translatio v. l. 3. §. 1. de A. E. V.* Distinguitur (1.) ab *effectu* in *Nudam*, quæ possessionem vel detentionem transfert *v. l. 28. de V. O.* quo etiam pertinet *Restitutio*, qua domino, vel ei, cui jus aliquod competit, suum redditur, & *Non-nudam* seu *Prægnantem*, quæ possessionem transfert, & jus in re operatur: Quæ dominium præstat *v. l. 31. de A. R. D.* in jure civili *Datio* dicitur *l. 75. §. fin. de V. O.* sed, accurationem istam non semper observari, liquet ex *§. 14. I. de action.*

§. 37. Deinde (2.) distinguitur à *modo* in *Propriam*, quæ causam aliquam sequitur ac, in mobilibus, datione de manu in manum, immobilibus, inductione absolvitur *v. l. 8. de pecul.* & *Impropriam*, cujus tres vulgo laudantur species; *traditio brevis manus*, quando traditio olim facta, ad causam aliquam secutam trahitur *v. §. 43. I. de R. D. l. 43. §. 1. de jur. dot.* vel interventu tertii peragitur *v. l. 3. §. p. de donat. int. V. & U.* vel res & nova causa, domino priori relinquitur *l. 18. de A. A. P. l. 77. de R. V. l. 45. de R. J. l. 28. C. de donat.*

§. 38. Secundo, *traditio longæ manus*, quando res in conspectu creditoris ponitur *l. 79. de solut.* denique *symbolica*, quando symbolum rei traditur, aut signum vel custodia ei imponitur *l. 74. de C. E. V. l. 14. de peric. & commod. rei vend. l. 51. de A. A. P. l. 1. C. de donat.* Vulgo traditionem impropriam, *fictam* dicunt, sed nulla opus est fictione, nam licet utique inter plures illos actus sit aliqua diversitas, attamen omnes, sine ullo quæsito colore, ex legum præscripto, producendo juri, sufficiunt.

§. 39. Vulgo distingvunt traditionem (3.) ab *objecto*, in *rerum corporalium* & *incorporalium* per *l. 43. §. 1. de A. R. D. l. 3. de usufr. l. fin. de servit.* sed illa distinctio ex ignorantia rerum moralium habet originem. Nunquam vel vere vel analogice res incorporalis traditur, sed omnis traditio ad rem corporalem pertinet, hac vero tradita, res incorporalis seu jus, ex legum dispositione, oritur, quæ etiam est sententia *dict. ll. vid.* OBSERV. PUFEND. *Obs. 1016.* Rectius (4.) ab *adjuncto*, in *judicialem* & *extrajudicialem*, hodie inprimis, dispescitur. *v. Decis. Saxon. 61.*

§. 40. Fit traditio voluntate tradentis *l. 11. de R. J. §. 40. I. de R. D. l. 5. de A. A. P.* & accipientis *l. 55. de O. & A. l. 1. §. 3. de A. A. P.*

& in utroque requiritur libera rerum propriarum administratio, de cætero nihil refert, utrum immediate an mediate fiat, *l. 13. 20. §. fin. l. 35. de A. R. D.* nullas autem res alias, quam corporales, tradi posse, ex indole jurium liquet, & modo admonitum est.

§. 41. Illud observandum, quod, intuitu jurium acquirendorum, pactum dicatur *Titulus* vel *Causa*, traditio vero, *Modus v. §. 40. I. de R. D. §. fin. de us. & habit.* Occurrit tamen illud discrimen saltem in acquisitionibus derivativis, nam originariæ sola occupatione, similive actu peraguntur, imo aliquando jura, solo etiam consensu, in alios transferuntur v. gr. in legatis, quo casu discrimen Tituli & Modi itidem incognitum est.

§. 42. Pacta aliquando sunt invalida, id quod, uti in genere ob *defectum consensus necessarii* contingit, ita ille ex *errore*, *dolo* & *metu* potissimum colligitur. Error efficax consensum necessarium excludit *v. l. 15. de jurisd.* adeoque pactum vel plane destruit, vel minimum erranti jus ad interesse concedit *v. l. 1. c. 2. §. 22. 23.* qua de re, circa nonnullas pactorum species, pluribus agendum erit.

§. 43. Per dolum hic intelligitur fraus clandestina, *v. c. 3. §. 9.* &, ex sententia juris Romani ejusque interpretum, distinguendum est, utrum dolus *det causam contractui*, an in *eum incidat*, priori casu, contractus bonæ fidei est *ipso jure nullus*, adeo ut læsus, si velit, plane possit discedere, dominium tamen rei traditæ in accipientem transfertur, contractus vero stricti juris *subsistit*, ac læsionis solum emendatio, vel *exceptione*, vel *actione*, eaque vel *ex contractu*, vel, hac deficiente, *actione doli subsidiaria* petitur.

§. 44. Posteriori vero, contractus semper *subsistit*, læsionis vero emendatio vel *exceptione doli*, vel, in contractibus bonæ fidei, *actione ex contractu*, stricti juris autem, *actione doli subsidiaria* petitur, & videtur insuper utroque casu, circa contractus stricti juris, quoties exceptio vel actio doli occurrit, opus fuisse *restitutione in integrum*, quæ memoratis remediis fuit implicita, *vid.* LAUTERB. *C. J. de dol.* aliosque scriptores passim.

§. 45. Hodie, cessantibus tricis Romanis, remanent naturalia: si igitur dolus det causam contractui, ille indistincte, volente læso, nullus est, nec dominium rei traditæ transfertur. Si autem in contra-

tra-

tractum incidat, tum regulariter quidem hic subsistit, si tamen res, circa quam dolus occurrit, principaliter fuerit spectata, etiam contractus erit nullus. Omni autem casu, læsus, vel exceptione, vel actione ex contractu, sibi prospicit, exulante restitutionis in integrum, & actionis doli subsidiariæ fabulâ, prout illa pluribus deduxi in OBSERV. LAUTERB. *Obs. 116. seqq.*

§. 46. Per metum intelligitur *trepidatio mentis ob instans vel futurum periculum l. 1. quod met. caus.* quæ excitatur per vim compulsivam, quæ est *majoris rei impetus, qui repelli non potest l. 2. d. t. actûs extorquendi causa adhibitus.* Quodsi adeo quis vi injusta & vera alium ad pactum compellat, tum illud, ex sententia juris Romani *stricto jure valet*, per restitutionem tamen in integrum *rescinditur*, hinc læso, re integra, datur *exceptio metus*, re vero præstita, vel *vetus actio realis*, vel *nova, quod metus causa*, quæ ex delicto cogentis oritur, sed nihilominus contra quemvis possessorem, eo effectu, datur, ut accedente contumacia, in quadruplum condemnetur, hinc *in rem scripta* & *arbitraria* dicitur, *v.* LAUTERB. *C. J. quod met. caus.*

§. 47. Hodie schema restitutionis in integrum cessat, & res eodem recidit, sive actum vi extortum, ipso jure nullum, sive rescindendum dicas, hinc læsus simpliciter exceptione vel actione, eaque vel veteri vel nova, sibi prospicit, & potest etiam hodie admitti, ut actio, ex cogentis delicto orta, contra tertium detur, quia circa eam, in læso, jus reale insuper præsupponitur, est tamen hæc actio mere rei persecutoria, nam pœna publica à Magistratu delinquenti imponitur, *v.* CARPZ. *Pr. Crim. p. 2. qu. 90. n. 66.* de quo pluscula dixi in OBSERV. LAUTERB. *Obs. 113. seqq.*

§. 48. Illud adhuc observandum, quod pactum, quo alteri securitas promittitur, dicatur *Cautio*, quæ adeo nihil aliud est, quam *promissio securitatis.* Dividitur (1.) à *modo*, in *fidejussoriam* seu *satisdationem*, quæ datis fidejussoribus, *pignoratitiam*, quæ pignoribus *l. 1. qui satisd. cog. l. 59. §. fin. mand. l. 4. §. 8. de fideicom. libert.* peragitur, *Juratoriam*, quæ jurejurando & *Nudam*, quæ simplici promissione fit *v. l. 3. C. de verb. & rer. signif.* (2.) à *causa movente*, in *voluntariam*, quæ libera paciscentium voluntate peragitur, & *ne-*

cessariam, quæ fieri debet, *v. l. 7. §. 1. l. 8. §. 4. qui satisd. cog.* Utraque vel *extrajudicialis* vel *judicialis* esse potest, *add.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 1192.*

§. 49. *Quando* cautio præstanda sit, id quidem ex communibus æquitatis & prudentiæ regulis dependet, certius tamen lege positiva definitur, hinc etiam cautio, in certa aliqua Republica, usitata, alibi quandoque cessare solet. Porro *quomodo* cavendum sit, id ex iisdem principiis judicandum. Communiter is, qui nulla bona immobilia possidet, cautionem fidejussoriam vel pignoratitiam præstat, quam si præstare nequeat, ad juratoriam quandoque admittitur: Possessores vero rerum immobilium nuda promissione defunguntur, *v.* CARPZ. *p. 1. C. 5. D. 7. p. 3. qu. 112. n. 98. seqq. Proc. tit. 9. art. 5. 34. seqq.* LAUTERB. *C. J. qui satisdar. cog.* BERGER *in resolut. ad* LAUTERB. *d. t.*

§. 50. Quando autem cautio semel legitime præstita est, tum lex etiam naturalis fidem datam servari jubet. Contra invitum jure Romano datur *actio ex stipulatu*, cum per verba solennia cautiones explicarentur *l. 9. de novat. l. 21. de acceptil. l. fin. rem rat. hab.* Hodie etiam actio illa, *condictio ex moribus* dici potest.

CAPUT V.
DE VARIETATE PACTORUM OBLIGATORIORUM.

SUMMARIA.

Pacta varie dividuntur, nempe à lege & consensu §. 1.
A subjecto §. 2.
Objecto §. 3.
Modo contrahendi §. 4.
Ab adjuncto & effectu §. 5.
A fine §. 6.
Atque hæ divisiones juris Gentium sunt, præterea jure Romano, pacta distinguuntur à diversa interpretatione, in bonæ fidei & stricti juris §. 7.
Inprimis à forma, in nuda & non nuda §. 8.
Nonnudorum sive contractuum natura & varietas §. 9. 10.
Romanæ illæ divisiones in Germania locum non habent §. 11. 12. 13.

§. 1.

OPeræ pretium erit, plerasque pactorum divisiones, paucis persequi. Dividuntur ergo pacta (I.) à *Lege*, in *pacta juris Gentium*, quæ juxta juris naturalis præscriptum, & *juris civilis*, quæ juxta solennitates legis humanæ ineuntur

v. l. 5.

v. l. 5. 7. pr. de pact. l. 5. de J. & J. (II.) à *consensu*, in *expressa*, quæ expresso consensu constant, & *tacita*, quæ tacito consensu, ex silentio aliisque circumstantiis colligendo, perficiuntur *v. l. 6. §. 2. l. 18. mand.*

§. 2. (III.) A *Subjecto*, (1.) in *publica*, quæ à liberis Gentibus, & *privata*, quæ à privatis celebrantur *v. l. 5. de pact.* (2.) in *realia*, qui in hæredes transeunt, *personalia*, quæ paciscentes solum obligant *v. l. 7. §. 8. l. 21. l. 25. §. 1. l. 40. pr. §. fin. de pact.* & *mixta*, quæ ab una parte, vel creditoris vel debitoris, saltem in hæredes transeunt *v. l. 57. §. 1. de pact.* (3.) in *unilateralia*, quæ unum saltem contrahentem, & *bilateralia*, quæ utrumque obligant, idque vel simul, vel successive.

§. 3. (IV.) Ab *objecto*, (1.) in *benefica*, quæ lucrum, sine onere, in aliquem transferunt, & *onerosa*, quæ utrumque contrahentem, ad æquales præstationes, obstringunt. (2.) in *dandi*, quæ rem, & *faciendi*, quæ factum exigunt *§. fin. I. de V. O. l. 2. 75. §. 7. ff. eod.* (3.) in *dividua*, quæ objectum dividuum, & *individua*, quæ individuum habent *v. l. 72. de V. O.*

§. 4. (V.) A *modo contrahendi* (1.) in *pura*, quæ sine adjectione, & *temperata*, quæ cum adjectione conditionis, diei aut modi celebrantur. (2.) in *simplicia*, quæ simpliciter aliquam rem exigunt, & *alternativa*, quæ, circa diversas præstationes, electionem, regulariter promissori, concedunt *v. l. 22. de compens.* (3.) in *consulta*, quæ certo consensu explicantur, & *fortuita*, quorum forma ab eventu suspenditur, qualia sunt sors decisoria, ludi, olla fortunæ, lotaria, assecuratio, sponsiones, emtio spei *v. l. 8. de C. E. V.*

§. 5. (VI.) Ab *adjuncto* in *judicialia*, quæ autoritate Magistratus, & *Extrajudicialia*, quæ solo paciscentium consensu ineuntur (VII.) ab *Effectu*, in *Perfecta*, quæ jus & obligationem efficacem producunt, & *Imperfecta*, quæ conscientiam saltem obligant, qualia sunt promissa Imperantium liberorum subditis facta, ut & quæ à privatis, intentione imperfecte obligandi, celebrantur, aut quibus lex civilis sua autoritate non assistit.

§. 6. (VIII.) A *fine*, in *Principalia*, quæ per se subsistunt, & *Minus principalia*, quæ alia respiciunt, Hæc iterum sunt vel *Præparato-*

ratoria, quæ futuris principalibus viam quandoque ſternunt, ut pa-ctum de emendo, vel *Acceſſoria*, quæ principalibus accedunt, idque vel eo fine, ut eadem varie *temperent*, qualia ſunt pactum de retrovendendo, lex commiſſoria ejusque generis alia, vel ut illa *firmiora reddant*, nempe fidejuſſio & pignus.

§. 7. Hæ diviſiones nituntur iſtiusmodi circumſtantiis, quæ apud omnes gentes occurrunt, adeoque ubique, ac in ſpecie quoque in Germania, uſum habent. Præterea apud Romanos (IX.) à *diverſa interpretatione* diſtingvuntur pacta, in *bonæ fidei*, quæ benignius, habita ratione circumſtantiarum, ex poſtfacto ſecutarum, explicantur, & *ſtricti juris*, in quibus interpretandis, conventionum verbis ſtricte inhæremus. Hæc diviſio uti miris tricis eſt referta, ita in Germaniam non admiſſa adeoque nullius uſus eſt *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obſ. 1148. ſeqq.*

§. 8. Inprimis celebris apud Romanos eſt diviſio, qua (X.) à *forma eique implicito effectu*, pacta diſcernuntur in *Nuda* & *Non nuda*. Illa ſunt *Nuda in ſpecie*, quæ actionem in foro civili non producunt, & *Veſtita*, quæ vocant, quæ ſcilicet actionem quidem poſt ſe relinquunt, ſed non propria virtute, verum externo auxilio, productam, & iterum ſunt vel *Legitima*, quæ ex ſpeciali legis aſſiſtentia, vel *Adjecta*, quæ ob cohærentiam cum aliquo contractu, actionem producunt.

§. 9. Hæc, ſive Non nuda, dicuntur *Contractus*, qui ſunt *conventiones per ſe & ſua natura* (ordinario ſcilicet ſemperque probato jure formatâ) *obligationem efficacem producentes*, ſive ſunt *Conventiones cum cauſa*, prout breviter res exprimi ſolet. Diſtingvuntur in *Veros*, qui vero conſenſu, ſive expreſſo, ſive tacito, conſtant, & *Quaſi contractus*, in quibus conventio fingitur vel præſumitur, qui conſenſus præſumtus à tacito differt *v. cap. præc.* §. 7. ſed illa accuratio vix à Romanis obſervatur *v. l. 13. &* §. *fin. commod.*

§. 10. Veri contractus ſunt vel *Nominati*, qui ob certam contrahendi rationem, proprium aliquod nomen acceperunt, & *Innominati*, qui ex pactis nudis aliquando oriuntur, nam nihil aliud ſunt, quam *contractus, ex pacto nudo reciproco, & præſtatione rei promiſſæ, ab uno facta, compoſiti, eum, cui præſtatio exhibita, efficaciter ad promiſſum ſervandum obligantes.* Nominati iterum ſunt vel *Conſenſuales*, qui ſolo conſenſu perficiuntur, vel *Reales*, qui præter illum, ad ſui perfe-

ctio-

ctionem, rei præstationem requirunt, ut sunt Mutuum, Commodatum, Depositum & Pignus, vel *Verbales*, qui, cum consensu, verba ore prolata, vel *Literales*, qui, cum illo, literas requirunt, *v.* LAUTERB. *C. J. de pact.*

§. 11. Sed ingeniosas illas Romanorum ineptias vel imposturas Germania non admisit, nam constans est interpretum sententia, ipso etiam usu satis probata, quod omnia pacta, serio inita, valide obligent, & licet nonnulli pacta præparatoria excipiant, verius tamen est, quod & hæc actionem producant *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 63. 64.*

§. 12. Juxta hæc igitur, hodie cessat (1.) distinctio pactorum Nudorum & Nonnudorum, hinc (2.) pacta etiam legitima & adjecta, sensu juris Romani, non amplius occurrunt, (3.) pacta, contractus & conventiones synonymice accipiuntur, (4.) de causa sive synallagmate nulla amplius est difficultas, sed illud solo consensu absolvitur, (5.) Quasi contractus, sunt otiosum Romanorum commentum, nam in omnibus exemplis obligatio non oritur ex consensu ficto vel præsumto, sed vel ex vero, vel collata aliqua utilitate, ceu speciatim in locis propriis ostendemus.

§. 13. Porro (6.) contractus innominati cessant, & omnia negotia, quæ apud Romanos, sub illo nomine, demum, post unius contrahentis præstationem, obligabant, hodie, ante eam, ob solum consensum, sunt obligatoria. (7.) Ex contractibus nominatis, reales & verbales non sunt necessarii, cum & illi, ex hypothesi de pactis nudis, resultaverint, literales vero ne quidem de jure civili obtinuerunt, prout illa omnia pluribus probavi in OBSERV. LAUTERB. *Obs. 57. seqq. 313. seqq. 621. seqq.* Hodie igitur omnia pacta sive contractus, sunt consensuales, iique, sensu juris Gentium, vel principales vel adjecti, nominati vel innominati.

CAPUT VI.

DE JURE ET OBLIGATIONE CORREALI.

SUMMARIA.

Juris & obligationis communis, duplex est ratio §. 1. 2.
Rei credendi §. 3.
Et debendi §. 4.

§. 1.



SAepe contingit, in vita civili, ut pluribus, vel ex pactis, vel delictis, commune jus competat, aut eadem obligatio imponatur. Id quod in universum duplici modo fieri potest, vel ut *singulis, pro rata, simpliciter jus & obligatio inhæreat*, vel ut *iis pro rata quidem etiam tribuatur, singulis tamen insuper elective facultas exigendi solidum competat, aut solvendi necessitas incumbat.* Exinde *jus* & *obligatio correalis*, & in concreto, *Rei credendi* & *debendi* oriuntur.

§. 2. Prior, jura & obligationes constituendi, ratio, regulariter obtinet, adeoque in dubio præsumitur, de cætero satis plana est, nec peculiarem desiderat explicationem. Non minus tamen posterior quoque aliquando locum habet, cumque non adeo expedita sit, ac præterea ejus usus, per varios Jurisprudentiæ articulos se diffundat, ideo seorsim & mature explicari debet.

§. 3. Rei credendi sunt *plures personæ, quibus una res pro rata debetur, sed ita, ut singulæ elective totam exigere alioque modo de ea disponere queant.* Requiritur igitur (1.) ut *jus sit commune*, nam si plures separatim proprium jus habeant, illi pro reis credendi haberi non possunt, (2.) ut *jus singulis pro rata competat*, impossibile enim est, ut unum jus, pluribus in solidum acquiratur, (3.) ut tamen *singulis facultas exigendi, similisve, sit concessa.* Consistit adeo instituti hujus utilitas in exactione, & creditori in solidum agenti, non potest opponi exceptio illegitimationis, seu ab eo exigi mandatum vel cautio rati, ratione socii vel correi.

§. 4. Rei debendi sunt *plures personæ, quæ eandem rem pro rata debent, sed ita, ut singulæ, pro lubitu creditoris, totam præstare teneantur.* Requiritur (1.) *obligatio communis*, si enim singuli, peculiari obliga-

ligatione, vel ad rem, vel pœnam præstandam, obstringantur, tum correi non sunt, *v. l. 34. de injur.* (2.) ut *singuli pro rata debeant*, nam itidem impossibile est, ut unam rem singuli in solidum debere queant, (3.) ut *tamen singulis, pro lubitu & electione Creditoris, necessitas solidum solvendi incumbat.* Utilitas hujus instituti est manifesta, nam magis est securus Creditor, dum, quod plures ei debent, singuli etiam solvere tenentur.

§. 5. Vulgo qualitatem correalem, non ad *exactionem* & *solutionem*, sed *ipsa jura* & *obligationes* referunt, hinc Rei credendi, sunt *plures personæ, quibus ab uno eadem res, ex eadem causa, & quidem singulis in solidum, omnibus tamen una debetur.* Debendi, *plures personæ, quæ uni eandem rem, ex eadem causa, & quidem singuli in solidum, omnes tamen unam debent, vid.* LAUTERB. *C. J. de duob. reis.* Quæ doctrina satis aperte sibi contradicit, ac falsas parit conclusiones, quod ex sequentibus apparebit.

§. 6. Constituuntur Correi per *Conventionem*, modo hoc actum sit, ut, si alternative sit conventum *v. l. 8. §. 1. de Legat. 1. l. 16. de Legat. 2.* copulativa dividit obligationem *l. 2. §. 4. de eo quod cert. loc. l. 110. de V. O. l. 11. §. 2. de duob. reis* nisi alia contrahentium voluntas aliunde appareat *l. 9. pr. eod.* Inprimis hodie usitatæ sunt formulæ: *Samt und sonders: Unverschieden: Unzertrent.* Clarissime autem contrahentium voluntas apparet, si expressis verbis adjiciatur: *correos constitui*, qua tamen expressione præcise non est opus, sed sufficit, si ex formula animus ille colligi queat.

§. 7. De cætero quovis contractu Correi constitui possunt, donatione seu stipulatione *l. 2. 3. de duob. reis.* deposito, commodato, emtione, locatione *l. 9. eod.* mutuo *l. 2. 4. C. eod.* mandato *l. 60. §. 2. mand.* In eundem censum recte refertur testamentum ejusque agnitio *l. 9. ff. de duob. reis l. 8. §. 1. de Legat. 1. l. 16. de Legat. 2. l. 25. de Legat. 3.* tutelæ constitutio & administratio *l. 38. 55. de admin. & peric. tutor.* quæ duo negotia vulgo quasi contractus dicunt, sed sine causa, cum obligatio correorum ex vero consensu veniat.

§. 8. Porro Correi etiam constituuntur *delicto*, scilicet quoad damnum restituendum *v. l. 14. §. fin. quod met. caus. l. 1. §. fin. l. 3. de his qui dejec. l. 5. §. p. ne quis eum qui* non autem quoad pœnam,

nam hic non est obligatio communis, sed separata & singulis propria *v. l. 7. §. fin. l. 8. de jurisd. l. 1. C. de condict. furt. l. 11. §. 2. ad L. Aquil.* Præterea etiam primo respectu sunt considerandæ circumstantiæ, nec enim putem, indistincte rigidiorem obligationem correalem, ex delictis, posse asseri. *v.* OBSERV. PUFEND. *Obs. 160. seqq.* Denique Correi debendi, non credendi, delicto saltem constitui videntur, *v.* LAUTERB. *C. J. de duob. reis lit. C. ibique Obs. 1155. 1156.*

§. 9. Correus credendi, altero correo ignorante, totum exigere, ac debitorem, etiam quoad alterum creditorem, liberare potest *l. 2. de duob. reis l. 11. §. 21. in fin. de Legat. 3.* & si lis sit contestata, debitor alteri correo solvere nequit *l. 16. de duob. reis* putem tamen partem ratam, debitorem alteri recte esse soluturum, quemadmodum etiam correus, lite mota, superveniens, admittendus erit, hinc nec eodem invito, alter solidum exigere potest. Contraria sententia *v.* LAUTERB. *d. t. lit. E.* fluit ex falsa hypothesi, quasi singulis solidum debeatur.

§. 10. Porro Correus acceptilatione, compensatione *l. 2. de duob. reis* juramenti delatione & præstatione *l. 27. 28. de jurejur.* debitorem liberare potest. Pacto autem non potest *l. 27. pr. §. 4. in fin de pact.* nec compromisso, nisi sint socii *l. 34. de recept.* nec novatione, si socii sint *l. 27. pr. de pact.* secus, si nulla inter eos intercedat societas, tum novatio locum habet *l. 31. §. 1. de novat.* prout aliqui hos textus componunt *v.* LAUTERB: *d. l. in edit. novissim.* BACHOV. *ad Tr. V. 2. D. 27. th. 9. lit. d.* EKHOLT. *ad ff. de novat. §. 4.*

§. 11. Sed de tricis Romanis hodie parum laborandum erit. Pactum & acceptilatio dubio procul coincidunt, juramenti delatio, & compromissum, quoad effectum, male separantur, circa novationem frustra fluctuarunt Romani, hinc concludendum est, hodie correum quovis modo, oneroso & gratuito, debitorem liberare posse, salvo tamen alterius correi, contra illum, jure & regressu, *v.* OBSERV. LAUT. *Obs. 1157. 1158.* Sicut autem correus cæterorum jus, quoad debitorem tollere, ita etiam, interrumpendo præscriptionem, conservare potest *l. fin. C. de duob. reis.*

§. 12. Quod correus exegit, cæteris communicare non debet, nisi sint socii, quales hic censentur esse omnes, qui ex causa onerosa correi facti *l. 16. de duob. reis l. 62. ad L. Falcid.* sed hoc fluit ex falsa hypothesi,

thesi. quasi singulis solidum debeatur, cum tamen singuli saltem habeant jus, suam cæterorumque partem exigendi, hinc utique exigenti communicandi necessitas incumbit. Quodsi correus debitorem modo gratuito liberaverit, cæteris de suo satisfacere debet. *add.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 1159.*

§. 13. Si plures sint rei debendi, à singulis solidum electivè Creditor exigere potest *l. 2. 3. §. 1. l. 11. ff. l. 2. 3. C. de duob. reis* nec partis exactio impedit, quo minus reliquum ab eodem peti possit *v. l. 8. §. 1. de Legat. 1. l. 23. C. de fidejuss.* nisi partem solvens, eo nomine protestatus sit, ac Creditor tacendo non contradixerit *l. 18. C. de pact.* quodsi etiam actio contra omnes semel sit instituta, contra unum deinceps agi nequit *l. 16. C. de fidejussor.*

§. 14. Jure novo, Correi debendi, habent beneficium divisionis *Nov. 99. auth.* hoc ita *C. de duob. reis* nisi (1.) alter correus absit, i. e. alibi domicilium habeat, ut nonnulli explicant, aut (2.) non sit solvendo, vel (3.) huic beneficio renunciatum sit, aut (4.) sint mercatores socii, ex sententia LAUTERBACHII *d. l. n. 4.* licet CARPZ. *p. 2. C. 17. D. 12.* & PERETZ *ad Cod. de duob. reis n. 17.* ad quos ille provocat, solum doceant, mercatores socios, in contractibus suis, pro correis esse habendos. Quodsi ex duobus reis, alter nihil acceperit, beneficium excussionis ei quoque competit *l. fin. C. de divid. tutel.* *v.* CARPZ. *p. 2. C. 18. D. 10.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 1161.*

§. 15. Si Creditor totam actionem in unum dirigat, ideo, quod, cæteros non solvendo esse, dicat, tum id probare debet, reus enim concesso sibi divisionis beneficio, tamdiu merito nititur, donec actor causam exceptionis probet. Aliter se res habuit de jure antiquo, quo, cessante beneficio divisionis, Creditor valide ab uno solidum exigere potuit, hinc reus conventus, ab hoc onere se liberaturus, cæterorum idoneitatem probare debuit *l. 10. de fidejuss.*

§. 16. Quod si unus ex correis debendi solidum solverit, tum cæteri, ratione creditoris, quoque liberantur *l. 2. de duob. reis* nam eorum portio etiam soluta est. Idem dicendum, si per compensationem Creditori sit satisfactum, reus tamen conventus, ex persona alterius Correi, compensationem opponere nequit, nisi sint socii *l. 10. de duob. reis* *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 1162.* Per acceptilationem quoque *l. 2.*

de duob. reis delegationem *l. 20. ad SCt. Vellej.* & pactum de non petendo reale, sibi & correis etiam prospicere potest Reus debendi, modo ultimo casu, ejus intersit, correum liberari *l. 23. 25. §. fin. de pact. l. 3. §. 3. de liberat. legat. l. 9. §. 1. de duob. reis.*

§. 17. Hodie acceptilatio & pactum coincidunt, præterea etiam tertio stipulari possumus, ceu dictum *c. 4. §. 13.* hinc, cessante sollicitudine Romanorum, hoc solum spectandum est, utrum ea intentione paciscatur Reus, ut totam obligationem tollat, an ut se saltem, pro sua parte, eidem eximat, illo casu, pactum correo quoque proderit, hoc non, sed correus pro rata sua adhuc tenebitur.

§. 18. Porro Rei juramentum sive voluntarium sive judiciale, alterum quoque correum liberat *l. 28. §. 1. de jurejur.* ut & sententia judicis, quæ reum, propter causam, ex ipso contractu descendentem, absolvit, secus est, si certa personæ qualitas, absolutionem operata sit *l. 12. §. 1. l. fin. de duob. reis.* Sententia vero adversus unum lata, contra alterum non posse executioni dari, æquitas satis ostendit *vid. l. 63. de re judic.* Unius Rei mora alteri non nocet, ad obligationem novam, v. gr. usurarum, imputandum *l. 32. §. p. de usur. l. 39. de N. G.* nocet tamen, ad obligationem primitivam continuandam, seu potius eum ab hac non liberat *l. 18. de duob. reis*, *vid.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 1163.*

§. 19. Correus, solidum solvens, partem à Correo, stricto jure non repetit, nisi sit socius, qualis esse creditur, qui ex causa, respectu creditoris onerosa, debitor est *l. 2. C. de duob. reis* ex æquitate tamen repetit utili negotiorum gestorum actione LAUTERB. *C. J. de duob. reis.* Sed illa iterum fluunt ex falsa hypothesi, quasi solvens solidum debuerit. Solvit potius pro se & Correo simul, hinc etiam jure stricto, actione mandati, partem ab altero repetere potest.

§. 20. Obligatio correalis, cum sit communis, æqualitatem desiderat, hinc diversitas perpetua, ut v. gr. alter dolum tantum, alter culpam etiam præstet, qualitatem Correalem excludit *l. 9. §. 1. de duob. reis*, temporaria vero diversitas ei non obest, hinc potest alter pure, alter sub conditione, aut in diem obligari *l. 7. 9. §. fin. eod. l. 27. de fidej. v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 1164.*

CAPUT

CAPUT VII.
DE POSSESSIONE.

SUMMARIA.

§. 1.



Possessio non tantum ad executionem pactorum, pleniusque jus ex illis acquirendum, pertinet, sed & sæpe, in rebus scilicet vacuis, validum jus propria virtute operatur, præterea, circa res alienas occupatas, quale quale jus, vel juris saltem præsumtionem producit, imo in causa est, ut, autoritate legis positivæ, efficax jus acquiramus, hinc quomodocunque illa consideretur, factum aliquod est, ex quo jus nascitur, adeoque, hoc respectu, cum pacto aliquam habet similitudinem, cumque porro per omnes fere juris materias, ejus usus extendatur, ideo commodissimum videtur, si illius explicatio generalis nunc instituatur.

§. 2. Ex mea sententia, Possessio est *Juris cujusdam assertio, actu aliquo externo, objecti indoli conveniente, declarata, quæ jus aliquod producit, firmat, probat aut ejus acquirendi occasionem præstat ac insuper proprium aliquod jus operatur.* Possessio ergo *acquiritur* (1.) *juris cujusdam assertione,* seu *animo aut affectu habendi,* invito enim nihil acquiri aut obtrudi, tralatitium est. Nihil autem quoad possessionem in genere, refert, quale jus quis sibi asserat, aut num illa assertio, aliquo titulo subnixa sit, an merâ constet usurpatione (2.) *actu aliquo externo, declarato v. l. 1. §. 3. l. 3. §. 1. 21. l. 8. de A. A. P.* quibus mediis etiam possesso acquisita potest mutari *v. l. 3. §. 18. 19. 20. l. 19. §. 1. de A. A. P. l. 33. §. 1. de usurp.*

§. 3. Possident, qui usu rationis gaudent, inhabilium consensum sup-

supplent tutores & curatores. Subtilitates juris Romani, quod furiosus ne quidem cum Curatorum consensu, infans vero, cum tutoris autoritate, aut etiam res quasdam, absque tutore, possidere queat *l. 1. §. 3. l. 32. §. 2. de A. A. P. l. 3. C. eod.* hodie exigui sunt usus, cum plerumque tutores & curatores, ut alibi, ita hic etiam soli agant. Qui rei alicujus commercium non habet, is eam possidere prohibetur, ex doctrina LAUTERBACHII *de A. A. P. lit. S.* Sed hoc verum est, de possessione valida & efficaci, nam si possessio generaliter accipiatur, etiam illas res possidere possumus, in quibus nullum jus habemus.

§. 4. De cætero possidemus vel immediate, vel mediate, per alios, qui nostro nomine possessionem apprehendunt ac exercent, nec infrequens est, ut quis rem suo nomine teneat, ac alterius simul possideat *vid l. 3. §. 20. de A. A. P. §. 5. I. de interd.* Duo eandem rem naturaliter & juste, simul in solidum, possidere nequeunt *l. 3. §. 5. de A. A. P.* Potest tamen unus v. gr. rem ut dominus, alter, ut creditor possidere *l. 16. de usurp.* sicut etiam alter juste, alter, aut etiam uterque, injuste possessionem sibi in solidum asserere *l. 3 uti possid.*

§. 5. Materia possessionis sunt, suo modo *jura*, nam hæc nobis asserimus, seu eorum habendorum affectum declaramus, hinc in possessione dominii, servitutis, libertatis, jurisdictionis &c. quis esse, non male dicitur, & res *corporales*, modo sint *certæ*, i.e. quis earum possidendarum affectum vere habeat *vid. l. 3. §. 2. 3. l. 26. de A. A. P.* nec non *in commercio l. 30. §. 1. eod.* ac denique *vacua vid.* LAUTERB. *d. l. lit. O.* sed duo ultima, circa possessionem generaliter spectatam, non sunt necessaria *v. l. 1. §. 6. eod. l. 10. de A. R. D.* OBSERV. LAUT. *Obs. 1029.* illud etiam observandum, aliquando possideri *rem singularem satisque definitam*, aliquando *rerum universitatem*, vel *rem non satis determinatam, ac ad alios quoque suo modo pertinentem*, illa possessio magis liquida est, quam hæc.

§. 6. Ex his intelligi potest, quod, pro diversitate jurium & rerum possidendarum, actus possessorii diversæ plane sint indolis, quod in definitione indicavimus. Aliter possidemus rem mobilem arctis limitibus circumscriptam, aliter rem immobilem, aut rerum universitatem *v. l. 3. §. 1. de A. A. P.* Qui in re alterius jus sibi arrogat, is eam, ut sibi servientem, deinceps possidet, vice versa qui alterius jus negat, aut

actum

actum ei contrarium suscipit, ille rem suam, ut liberam tenet, idem contingit, si alter jure suo non utatur seu ejus exercitium omittat, nam & hoc alterum in possessione libertatis & rei liberæ constituit, imo si creditor debitum non exigat, in debitore libertatis possessio, vel saltem affectus, onus illud tollendi, non male asseritur *v.* OBSERV. LAUTERB. *Observ. 1126.*

§. 7. Qui alios ad judicium vocat, similesque actus exercet, is Jurisdictionis nec non districtûs, in quo hæc se exserit, possessionem consequitur. Qui ministros Ecclesiæ Consistorio præsentat, ille in possessione juris Patronatus, ratione Ecclesiæ Parochialis, constituitur. Muneris, reique eidem connexæ, possessio, exercitio actuum, ex illo profluentium, obtinetur. Si quis jus venandi in aliqua sylva, aut piscandi in lacu vel flumine exerceat, is sylvæ lacusque vel fluminis possessionem acquirit.

§. 8. In genere tamen, omnes actus possessorii, videntur resolvi in *Occupationem*, qua, in re vacua, *Usurpationem*, qua, in re aliena, domino invito, & *Traditionem*, qua, eodem consentiente, possessionem consequimur. Uti autem hæc ultima, in se, diversa est, ceu *c. l. 4. §. 36. seqq.* ostendimus, ita, à peculiaribus quoque objectis, eam diversa forma indui, ex modo dictis patet. Si quis dominium rei suæ, vel aliud jus reale, in aliquem transferat, ac, non discedens à re, eam, alterius nomine, deinde possideat, ista tradendi ratio *Constitutum possessorium* dicitur *add.* LAUTERB. *C. J. de A. A. P. lit. C. ibique Obs. 1027.*

§. 9. Effectus possessionis, juxta datæ definitionis indicium, vel respicit *jus principale*, vel *proprium*, vel *rem possessam*. Primo igitur respectu, possessio *jus verum* aliquando (1.) *producit*, nam per occupationem rei vacuæ, vel traditionem, ex justo titulo factam, dominium vel simile jus acquiritur. Quodsi autem jus reale aut personale, ante possessionem, jam existat, tum hæc illud (2.) *firmat*, præterea illa jus (3.) *probat* aut pro eo præsumtionem facit *v. l. 128. de R. J. l. 9. §. 4. de publ. in rem act. l. fin. C. de R. V.* nam illud maxime naturale est, ut ei, qui hactenus jus sibi asseruit, ac actus possessorios exercuit, tamdiu illud tribuamus, donec alius contrarium probaverit.

§. 10. Exinde sequitur, quod possessionis causam nemo regulariter allegare teneatur *l. fin. de A. A. P. l. 11. C. de hæred. petit. l. 24. 73. de*

R. V. l. 2. C. de probat. l. 4. C. de edend. Uti vero, si adversarius jus suum deducat, contrariam probationem suscipere debet possessor, si succumbere nolit, ita ob præsumtiones, quæ contra ipsum militant, titulum quoque aliquando allegare tenetur, idem obtinet, si sine prævia tituli allegatione, actio institui nequeat, ut circa hæreditatis petitionem jure Romano contingebat *l. 11. C. de hæred. petit.* Denique (4.) possessio *præbet occasionem*, ut mediante præscriptione, jus verum acquiratur.

§. 11. Præterea *operatur* quoque possessio *jus proprium*, quod *jus possessionis* dici solet, cumque possessio, non perinde ut pactum, certam respiciat personam, sed contra omnes potius valida esse velit, ideo, juxta intentionem possidentis, jus illud non male pro *jure reali* habetur: Quodsi tamen alio jure non fulciatur, non adeo constans & efficax est, sed per oppositum jus fortius facile elidi potest, *v.* OBSERV. LAUT. *Obs. 32.* Ex jure autem tam principali, quam proprio, resultant remedia, quibus illa defendi queant, nempe *defensio privata*, etiam violenta *v. l. 3. §. 9. l. 17. de vi & vi arm. l. 1. C. unde vi.* & *actiones possessoriæ*, de quibus postea explicatius dicemus.

§. 12. Denique, ratione *rei possessæ*, id *efficit* possessio, ut illâ uti queamus, jure an injuria, hactenus nihil refert, quo respectu *beati possidentes* dici solent. Præterea, cum possessor rem possessam detineat, adeoque eam alii præstare queat, hinc actione reali *v. l. un. C. de alien. judic. mutandi* in loco rei sitæ conveniri potest *v. l. fin. C. ubi in rem.* immunitas autem à satisdando *l. 15. qui satisd. cog.* vel forum generale *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 156.* non tam à possessione aut re possessa, quam dominio potius simili ve jure dependet.

§. 13. Possessio acquisita *retinetur* animo & corpore, vel etiam animo solo, cum enim actus possessorius semel sit susceptus, possessio semper durare censenda est, licet ille quandoque cesset. Quodsi tamen alius rem, animo possessam, sibi afferat, tum prior possessio desinit §. 5. *I. de interd. l. 4. C. de acqu. poss. l. 3. §. 7. seqq. §. 13. l. 6. §. 1. l. 44. §. fin. ff. eod.* neque tamen ideo effectu suo penitus destituitur, sed lite orta posteriori plerumque præfertur, ac contra eam restituitur *v. l. 17. 22. de A. A. P. l. 3. pr. uti possid.* ut adeo in effectu nihil interesse videatur, sive priorem possessionem, amissam, sive animo retentam dicas, hinc

hinc etiam limitationis, quam, quoad servum fugitivum addunt *v. l. 3. §. 10. l. 13. pr. l. 15. de A. A. P.* non magnus videtur usus aut effectus.

§. 14. Aliquando possessio *vacillat*, propter alterius turbationem, qua quietæ possessionis exercitium impeditur, id quod verbis & factis, in judicio & extra judicium, fieri posse dicitur LAUTERB. *C. J. de A. A. P. in fin.* Sed, ad effectum agendi, vix alia turbatio attenditur, quam quæ actibus possessoriis extrajudicialibus peragitur. De cætero illa locum habet circa objecta generalia, & arctioris custodiæ non capacia, vel etiam circa specialia, in quibus saltem aliquod jus acquirere alterum vero non plane expungere cupimus.

§. 15. Denique possessio quandoque etiam *amittitur*, nempe possessore *mortuo v. l. 1. §. 15. si is qui testam. lib. l. 23. de A. A. P.* ista tamen amissio non nocet usucapioni *l. 14. §. 1. de div. tempor. præscript.* nam, lege volente, hæc etiam, sine possessione, currere potest, ut nulla hic opus sit fictione. Vel *eo vivo*, semper autem fit amissio animo & corpore simul *l. 8. de A. A. P.* prout tamen actus illi magis aut minus se exserunt, ita quandoque possessio, vel animo & corpore, vel solo animo, vel solo corpore amitti dicitur.

§. 16. Primum contingit, si quis animum possidendi dimittat ac re abscedat *v. l. 30. §. 1. de A. A. P.* Secundum, si quis, dimisso animo, in re maneat *l. 3. §. 6. de A. A. P.* nam licet & hoc casu, corpore quis possessionem amittat, cum corporis ministerium ab animo dependeat, adeoque hoc cessante, illud quoque desinat, attamen actus ille corporeus non perinde, ut primo casu, liquidus est. Denique tertium accidit, si invitus quis possessionem amittat, ob rei interitum *l. 3. §. 17. l. 13. pr. l. 25. de A. A. P.* vel alterius dejectionem *l. 6. §. 1. l. 7. 15. l. 30. §. 2. 3. l. 47. de A. A. P. l. 1. §. 28. 32. 45. de vi & vi arm. l. 67. pr. de furt.* nam tum ex postfacto animum possidendi deponere cogitur, spe tamen, rem recuperandi, haud cessante *v. §. 13. h. add.* OBSERV. LAUTERB. *Obs.* 1031.

§. 17. Ex hactenus dictis varietas Possessionis etiam declarari potest. Nimirum (1.) à jure, quod nobis asserimus, est vel *simplex*, quando, ob jus personale & temporarium, rem tenemus, hæc dicitur *Detentio* ac, in sensu latiori, *Possessio naturalis l. 7. §. 11. comm. divid. l. 2. §. 1. pro hæred. l. 38. §. 7. de V. O.* Hoc modo possidentur peculia profecti-

fectitia & servilia, *l. 1. §. 5. l. 24. 49. §. 1. de A. A. P.* res depositæ, commodatæ *l. 17. §. 1. depos. l. 9. de R. V. l. 8. 9. commod. l. 3. §. 20. de A. A. P.* locatæ *l. 3. §. 31. de usurp.* precario concessæ, in custodiam datæ & mandatæ *l. 3. §. f. l. 10. §. 1. l. 9. 18. de A. A. P. l. 3. §. 8. uti possid.* vel *Qualificata*, quando, propter jus reale & proprium, rem possidemus, hæc proprie *Possessio* dicitur.

§. 18. Estque (2.) ab *origine*, vel *Originaria*, quam in re vacua acquirimus, vel *Derivativa*, quæ de persona in personam transfertur. Hæc (3.) à *moralitate*, est vel *injusta*, quæ sola usurpatione constat, potest tamen successu temporis fieri legitima, vel *justa*, quæ ex aliquo titulo exercetur *l. 3. §. 21. de A. A. P. l. 13. §. 1. de public. in rem act. l. 22. §. 1. de noxal. action.* Est tamen amplius considerandum, utrum quis *domino sciente & volente*, possessionem nactus sit, an *eodem ignorante & invito*.

§. 19. Primo casu possessio simpliciter justa est, secundo vero, videndum, utrum possessor rem alienam *ignoret*, quo casu etiam possessio est justa, nam ignorantia titulum defendit, ac possessorem excusat, an *sciat*, tum possessio est injusta, nam dissensus domini & scientia possessoris, tituli aliàs validi efficaciam tollit, quodsi tamen, loco domini, lex positiva aliquando consentiat, illa etiam possessio justa erit.

§. 20. Exinde nova oritur divisio, nam (4.) à *scientia vel ignorantia possessoris*, possessio est vel *bonæ*, quando quis ignorat, sed rem invito domino tenere, vel *malæ fidei*, quando sciens rem invito domino possidet *v. l. 3. §. 22. de A. A. P.* Est igitur hæc divisio specialis, pertinetque ad casum rei alienæ, invito domino detentæ, hinc creditor, usufructuarius & qui, domino etiam tacite consentiente, rem alienam sciens sibi asserit, proprie neque bonæ, neque malæ fidei possessor est, licet vulgo aliter sentire videantur.

§. 21. Præterea (5.) intuitu *præscriptionis*, possessio distinguitur in *efficacem*, ex qua præscriptio sequi potest, & *inefficacem* seu *vitiosam*, quæ illi producendæ est inepta, talis est *violenta*, *clandestina* & *precaria* *v. l. 1. de itin. actuque priv. l. 1. de aqu. quotid.* (6.) ratione *modi*, est possessio vel *naturalis*, quando animo & corpore, vel *civilis*, quando solo animo res possidetur *v. l. 10. C. de acquir. possess.*

§. 22. Porro (7.) à *jure*, ob quod possidemus, est itidem vel *Civilis*, quando jure dominii, pleni aut minus pleni, veri vel putativi, rem

rem tenemus *v. l. 15. §. 1. qui satisd. cog. l. 2. §. 1. pro hæred. l. 1. §. 9. de vi & vi arm. l. 3. §. fin. ad exhib. l. 22. §. 1. de noxal. action. l. 13. §. 1. de public. in rem action. l. 12. de vi & vi arm. l. 67. pr. de furt.* vel *Naturalis*, quando ob aliud jus reale, rem nobis asserimus *v. l. 12. 37. 40. 49. de A. A. P. l. 16. de usurp. l. 22. §. 1. de noxal. action. l. 37. de A. R. D.* quales possessores, certo respectu, possidere negantur *l. 5. §. 1. ad exhib. l. 1. §. 8. de A. A. P. §. 4. I. per quas pers. cuique acquir.*

§. 23. Denique (8.) ab *objecto*, possessio distingui solet in *veram*, rerum corporalium *l. 3. pr. de A. A. P. l. 32. §. 1. de S. P. U. l. 4. §. 27. de usurpat.* & *analogicam*, rerum incorporalium *l. 2. comm. præd. l. 9. de hæred. petit. l. fin. in fin. si pars hæred. pet. l. 23. §. 2. ex quib. caus. major l. 10. si serv. vindic. l. 3. §. 17. de vi & vi arm.* Verum illa distinctio eo sensu non est admittenda, quasi quædam possessio tantum res corporales, alia vero res incorporales afficiat, nam etiam, quoad servitutes, ad quas vulgo respiciunt, res servientes corpores possidemus, hinc dicendum potius, quod omnis possessio, diverso respectu, res corporales & incorporales afficiat, juxta notata §. 5. *seqq.*

§. 24. Denique vulgaris doctrina, *quod possessio, quoad acquisitionem, facti l. 1. §. 3. de A. A. P. l. 12. §. 2. de captiv. acquisita autem juris, & jus in re sit l. 44. pr. l. 49. §. 1. de A. A. P. l. 2. §. 38. ne quid. in loc. publ. plurimum tamen facti etiam in se contineat l. 19. ex quib. caus. major. l. 1. §. 15. si is qui testam. lib. v.* LAUTERB. *C. J. de A. A. P. lit. N.* ex hactenus dictis commode explicari potest: Nimirum possessio ipsa, sive acquirenda, sive acquisita, semper facti est, eam tamen tam jus principale §. *9. 10.* quam proprium §. *11.* consequitur & comitatur. *add.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 1023. seqq.*

CAPUT VIII.
DE ACTIONIBUS POSSESSORIIS.

SUMMARIA.

Actionum possessoriarum indoles §. 1.
Denominatio Romana §. 2.
Divisio, interdictum adipiscendæ possessionis §. 3.
Idem, cum petitorio, habet fundamentum §. 4.
Hoc tamen evidens esse debet §. 5.
Interdicti adipiscendæ possessionis exempla §. 6.
Interdicti recuperandæ possessionis nomen & indoles §. 7.

§. 1.



Omplendæ Possessionis doctrinæ, de *actionibus possessoriis* quoque agendum est. In genere sunt *actiones reales, quibus possessionem vel adipiscimur, vel amissam recuperamus, vel turbatam defendimus.* Vocamus illas, *actiones v. l. fin. C. de interd.* quo nomine quamvis etiam implorationem comprehendi dixi *l. 1. c. 16. §. 21.* Arbitramur porro, eas esse, *actiones reales*, quod ex tractatione specierum magis apparebit. Denique *finem triplicem*, pro diverso possessionis statu, cætera definitionis verba exhibent.

§. 2. Stilo juris Romani dicuntur *interdicta v. l. 14. §. fin. de except. rei jud. l. 13. de vi* quo nomine tamen etiam aliæ actiones, quibus vel exhibitio rei, vel ejus, quod interest, præstatio petitur, comprehenduntur, hinc, interdicta *maxime*, sive potissimum, ad possessionem pertinere, dicitur *pr. I. de interd.* exempla tamen, quæ *l. 2. §. 2. de interd.* recensentur, exceptionem à regula vix continent. Videntur autem aliæ actiones, possessoriis, sub interdictorum nomine, junctæ fuisse, ob similitudinem processus, qui forte olim circa eas obtinuit.

§. 3. Præcipua interdictorum divisio est, quod sint *adipiscendæ, recuperandæ & retinendæ possessionis*, quam non juris Romani, sed Gentium esse, facile liquet. Interdictum adipiscendæ possessionis, est *actio realis, ex jure liquido orta, qua possessionem de novo consequimur ab eo, qui infirmiori jure rem possidet.*

§. 4. Descendit hoc interdictum ex *eodem jure, ex quo actiones petitoriæ reales* oriuntur, diversus tamen illius juris status, diversa operatur remedia: Si enim jus actoris evidenti aliqua circumstantia probetur,

betur, ac adeo liquidum, possessoris vero, obscurum minusque validum sit, tum obtinet remedium possessorium; si, vice versa, major sit præsumtio pro possessore, tum petitorio expellendus ille est. Possessorium est expeditius ratione probationis & processus, sed petitorium contra plures, quorum respectu possessorium vim suam amittit, efficax esse solet.

§. 5. Id vero facile liquet, pro jure actoris, in interdictis adipiscendæ possessionis, præsumtionem non excitare ipsam possessionem, hanc enim hactenus nondum habuit actor, sed eam de novo consequi laborat, hinc aliæ circumstantiæ, ut *confirmatio judicis*, *evidentia instrumenti*, *factum* vel *confessio ipsius adversarii*, similesque hoc casu jus actoris evidens reddere, adeoque idem, quod aliis in casibus possessio præstare solet, operari debent.

§. 6. In jure Romano quatuor horum interdictorum exempla laudantur: *Interdictum quorum bonorum*, *Quod Legatorum*, *Remedium ex l. fin. C. de edict. div. Hadrian. toll.* & *interdictum Salvianum*: Quæ uti, in loco proprio, specialius considerabimus, ita hic observandum, quod alia quoque locum invenire queant, nam toties interdictum adipiscendæ possessionis obtinet, quoties actoris jus liquidum, possessoris vero, incertum aut obscurum est, hinc v. gr. proprietarius, ab hæredibus usufructuarii, rem usufructuariam tali interdicto recte petit *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 1084.* De nominibus autem aliorum exemplorum, parum hodie laborandum erit, quodsi tamen quis nomen omnino desideret, is, juxta veterem superstitionem, usitatas appellationes, utiliter huc applicare poterit.

§. 7. Interdictum recuperandæ possessionis, etiam dicitur in jure Romano, *Unde vi*, & est *Actio realis*, *qua possessio*, *vi amissa*, *cum omni causa*, *repetitur*. Fundamentum ejus est, vel *dominium aut aliud jus reale*, *ob possessionem*, *præsumtum*, vel *jus possessionis*, nam in effectu res eodem recidit, sive illud, sive hoc asseras. Vulgo quidem ex delicto interdictum hoc repetunt, ac personale putant, sed prior sententia æquitati magis convenit *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 32. n. 5. Obs. 1089.*

§. 8. Datur hoc interdictum, jure Romano, ob vim expulsivam, qua is, qui anima vel corpore *l. 6. §. 1. de A. A. P*, *l. 1. §. 24. 26. l. 3. §. 14.*
de

nam hic non est obligatio communis, sed separata & singulis propria *v. l. 7. §. fin. l. 8. de jurisd. l. 1. C. de condict. furt. l. 11. §. 2. ad L. Aquil.* Præterea etiam primo respectu sunt considerandæ circumstantiæ, nec enim putem, indistincte rigidiorem obligationem correalem, ex delictis, posse asseri. *v.* OBSERV. PUFEND. *Obs. 160. seqq.* Denique Correi debendi, non credendi, delicto saltem constitui videntur, *v.* LAUTERB. *C. J. de duob. reis lit. C. ibique Obs. 1155. 1156.*

§. 9. Correus credendi, altero correo ignorante, totum exigere, ac debitorem, etiam quoad alterum creditorem, liberare potest *l. 2. de duob. reis l. 11. §. 21. in fin. de Legat. 3.* & si lis sit contestata, debitor alteri correo solvere nequit *l. 16. de duob. reis* putem tamen partem ratam, debitorem alteri recte esse soluturum, quemadmodum etiam correus, lite mota, superveniens, admittendus erit, hinc nec eodem invito, alter solidum exigere potest. Contraria sententia *v.* LAUTERB. *d. t. lit. E.* fluit ex falsa hypothesi, quasi singulis solidum debeatur.

§. 10. Porro Correus acceptilatione, compensatione *l. 2. de duob. reis* juramenti delatione & præstatione *l. 27. 28. de jurejur.* debitorem liberare potest. Pacto autem non potest *l. 27. pr. §. 4. in fin de pact.* nec compromisso, nisi sint socii *l. 34. de recept.* nec novatione, si socii sint *l. 27. pr. de pact.* secus, si nulla inter eos intercedat societas, tum novatio locum habet *l. 31. §. 1. de novat.* prout aliqui hos textus componunt *v.* LAUTERB. *d. l. in edit. novissim.* BACHOV. *ad Tr. V. 2. D. 27. th. 9. lit. d.* EKHOLT. *ad ff. de novat. §. 4.*

§. 11. Sed de tricis Romanis hodie parum laborandum erit. Pactum & acceptilatio dubio procul coincidunt, juramenti delatio, & compromissum, quoad effectum, male separantur, circa novationem frustra fluctuarunt Romani, hinc concludendum est, hodie correum quovis modo, oneroso & gratuito, debitorem liberare posse, salvo tamen alterius correi, contra illum, jure & regressu, *v.* OBSERV. LAUT. *Obs. 1157. 1158.* Sicut autem correus cæterorum jus, quoad debitorem tollere, ita etiam, interrumpendo præscriptionem, conservare potest *l. fin. C. de duob. reis.*

§. 12. Quod correus exegit, cæteris communicare non debet, nisi sint socii, quales hic censentur esse omnes, qui ex causa onerosa correi facti *l. 16. de duob. reis l. 62. ad L. Falcid.* sed hoc fluit ex falsa hypothesi,

thesi. quasi singulis solidum debeatur, cum tamen singuli saltem habeant jus, suam cæterorumque partem exigendi, hinc utique exigenti communicandi necessitas incumbit. Quodsi correus debitorem modo gratuito liberaverit, cæteris de suo satisfacere debet. *add.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 1159.*

§. 13. Si plures sint rei debendi, à singulis solidum elective Creditor exigere potest *l. 2. 3. §. 1. l. 11. ff. l. 2. 3. C. de duob. reis* nec partis exactio impedit, quo minus reliquum ab eodem peti possit *v. l. 8. §. 1. de Legat. 1. l. 23. C. de fidejuss.* nisi partem solvens, eo nomine protestatus sit, ac Creditor tacendo non contradixerit *l. 18. C. de pact.* quodsi etiam actio contra omnes semel sit instituta, contra unum deinceps agi nequit *l. 16. C. de fidejussor.*

§. 14. Jure novo, Correi debendi, habent beneficium divisionis *Nov. 99. auth.* hoc ita *C. de duob. reis* nisi (1.) alter correus absit, i. e. alibi domicilium habeat, ut nonnulli explicant, aut (2.) non sit solvendo, vel (3.) huic beneficio renunciatum sit, aut (4.) sint mercatores socii, ex sententia LAUTERBACHII *d. l. n. 4.* licet CARPZ. *p. 2. C. 17. D. 12.* & PERETZ *ad Cod. de duob. reis n. 17.* ad quos ille provocat, solum doceant, mercatores socios, in contractibus suis, pro correis esse habendos. Quodsi ex duobus reis, alter nihil acceperit, beneficium excussionis ei quoque competit *l. fin. C. de divid. tutel.* *v.* CARPZ. *p. 2. C. 18. D. 10.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 1161.*

§. 15. Si Creditor totam actionem in unum dirigat, ideo, quod, cæteros non solvendo esse, dicat, tum id probare debet, reus enim concesso sibi divisionis beneficio, tamdiu merito nititur, donec actor caussam exceptionis probet. Aliter se res habuit de jure antiquo, quo, cessante beneficio divisionis, Creditor valide ab uno solidum exigere potuit, hinc reus conventus, ab hoc onere se liberaturus, cæterorum idoneitatem probare debuit *l. 10. de fidejuss.*

§. 16. Quod si unus ex correis debendi solidum solverit, tum cæteri, ratione creditoris, quoque liberantur *l. 2. de duob. reis* nam eorum portio etiam soluta est. Idem dicendum, si per compensationem Creditori sit satisfactum, reus tamen conventus, ex persona alterius Correi, compensationem opponere nequit, nisi sint socii *l. 10. de duob. reis* *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 1162.* Per acceptilationem quoque *l. 2.*

de duob. reis delegationem *l. 20. ad SCt. Vellej.* & pactum de non petendo reale, sibi & correis etiam prospicere potest Reus debendi, modo ultimo casu, ejus intersit, correum liberari *l. 23. 25. §. fin. de pact. l. 3. §. 3. de liberat. legat. l. 9. §. 1. de duob. reis.*

§. 17. Hodie acceptilatio & pactum coincidunt, præterea etiam tertio stipulari possumus, ceu dictum *c. 4. §. 13.* hinc, cessante sollicitudine Romanorum, hoc solum spectandum est, utrum ea intentione paciscatur Reus, ut totam obligationem tollat, an ut se saltem, pro sua parte, eidem eximat, illo casu, pactum correo quoque proderit, hoc non, sed correus pro rata sua adhuc tenebitur.

§. 18. Porro Rei juramentum sive voluntarium sive judiciale, alterum quoque correum liberat *l. 28. §. 1. de jurejur.* ut & sententia judicis, quæ reum, propter causam, ex ipso contractu descendentem, absolvit, secus est, si certa personæ qualitas, absolutionem operata sit *l. 12. §. 1. l. fin. de duob. reis.* Sententia vero adversus unum lata, contra alterum non posse executioni dari, æquitas satis ostendit *vid. l. 63. de re judic.* Unius Rei mora alteri non nocet, ad obligationem novam, v. gr. usurarum, imputandum *l. 32. §. p. de usur. l. 39. de N. G.* nocet tamen, ad obligationem primitivam continuandam, seu potius eum ab hac non liberat *l. 18. de duob. reis, vid.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 1163.*

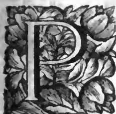
§. 19. Correus, solidum solvens, partem à Correo, stricto jure non repetit, nisi sit socius, qualis esse creditur, qui ex causa, respectu creditoris onerosa, debitor est *l. 2. C. de duob. reis* ex æquitate tamen repetit utili negotiorum gestorum actione LAUTERB. *C. J. de duob. reis.* Sed illa iterum fluunt ex falsa hypothesi, quasi solvens solidum debuerit. Solvit potius pro se & Correo simul, hinc etiam jure stricto, actione mandati, partem ab altero repetere potest.

§. 20. Obligatio correalis, cum sit communis, æqualitatem desiderat, hinc diversitas perpetua, ut v. gr. alter dolum tantum, alter culpam etiam præstet, qualitatem Correalem excludit *l. 9. §. 1. de duob. reis*, temporaria vero diversitas ei non obest, hinc potest alter pure, alter sub conditione, aut in diem obligari *l. 7. 9. §. fin. eod. l. 27. de fidej. v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 1164.*

CAPUT VII.
DE POSSESSIONE.

SUMMARIA.

§. 1.



POssessio non tantum ad executionem pactorum, pleniusque jus ex illis acquirendum, pertinet, sed & sæpe, in rebus scilicet vacuis, validum jus propria virtute operatur, præterea, circa res alienas occupatas, quale quale jus, vel juris saltem præsumtionem producit, imo in causa est, ut, autoritate legis positivæ, efficax jus acquiramus, hinc quomodocunque illa consideretur, factum aliquod est, ex quo jus nascitur, adeoque, hoc respectu, cum pacto aliquam habet similitudinem, cumque porro per omnes fere juris materias, ejus usus extendatur, ideo commodissimum videtur, si illius explicatio generalis nunc instituatur.

§. 2. Ex mea sententia, Possessio est *Juris cujusdam assertio, actu aliquo externo, objecti indoli conveniente, declarata, quæ jus aliquod producit, firmat, probat aut ejus acquirendi occasionem præstat ac insuper proprium aliquod jus operatur.* Possessio ergo *acquiritur* (1.) *juris cujusdam assertione,* seu *animo aut affectu habendi,* invito enim nihil acquiri aut obtrudi, tralatitium est. Nihil autem quoad possessionem in genere, refert, quale jus quis sibi asserat, aut num illa assertio, aliquo titulo subnixa sit, an merâ constet usurpatione (2.) *actu aliquo externo, declarato v. l. 1. §. 3. l. 3. §. 1. 21. l. 8. de A. A. P.* quibus mediis etiam possesso acquisita potest mutari *v. l. 3. §. 18. 19. 20. l. 19. §. 1. de A. A. P. l. 33. §. 1. de usurp.*

§. 3. Possident, qui usu rationis gaudent, inhabilium consensum sup-

ſupplent tutores & curatores. Subtilitates juris Romani, quod furioſus ne quidem cum Curatorum conſenſu, infans vero, cum tutoris autoritate, aut etiam res quaſdam, absque tutore, poſſidere queat *l. 1. §. 3. l. 32. §. 2. de A. A. P. l. 3. C. eod.* hodie exigui ſunt uſus, cum plerumque tutores & curatores, ut alibi, ita hic etiam ſoli agant. Qui rei alicujus commercium non habet, is eam poſſidere prohibetur, ex doctrina LAUTERBACHII *de A. A. P. lit. S.* Sed hoc verum eſt, de poſſeſſione valida & efficaci, nam ſi poſſeſſio generaliter accipiatur, etiam illas res poſſidere poſſumus, in quibus nullum jus habemus.

§. 4. De cætero poſſidemus vel immediate, vel mediate, per alios, qui noſtro nomine poſſeſſionem apprehendunt ac exercent, nec infrequens eſt, ut quis rem ſuo nomine teneat, ac alterius ſimul poſſideat *vid l. 3. §. 20. de A. A. P. §. 5. I. de interd.* Duo eandem rem naturaliter & juſte, ſimul in ſolidum, poſſidere nequeunt *l. 3. §. 5. de A. A. P.* Poteſt tamen unus v. gr. rem ut dominus, alter, ut creditor poſſidere *l. 16. de uſurp.* ſicut etiam alter juſte, alter, aut etiam uterque, injuſte poſſeſſionem ſibi in ſolidum aſſerere *l. 3. uti poſſid.*

§. 5. Materia poſſeſſionis ſunt, ſuo modo *jura*, nam hæc nobis aſſerimus, ſeu eorum habendorum affectum declaramus, hinc in poſſeſſione dominii, ſervitutis, libertatis, jurisdictionis &c. quis eſſe, non male dicitur, & res *corporales*, modo ſint *certæ*, i. e. quis earum poſſidendarum affectum vere habeat *vid. l. 3. §. 2. 3. l. 26. de A. A. P.* nec non *in commercio l. 30. §. 1. eod.* ac denique *vacuæ vid.* LAUTERB. *d. l. lit. O.* ſed duo ultima, circa poſſeſſionem generaliter ſpectatam, non ſunt neceſſaria *v. l. 1. §. 6. eod. l. 10. de A. R. D.* OBSERV. LAUT. *Obſ. 1029.* Illud etiam obſervandum, aliquando poſſideri *rem ſingularem ſatisque definitam*, aliquando *rerum univerſitatem*, vel *rem non ſatis determinatam, ac ad alios quoque ſuo modo pertinentem*, illa poſſeſſio magis liquida eſt, quam hæc.

§. 6. Ex his intelligi poteſt, quod, pro diverſitate jurium & rerum poſſidendarum, actus poſſeſſorii diverſæ plane ſint indolis, quod in definitione indicavimus. Aliter poſſidemus rem mobilem arctis limitibus circumſcriptam, aliter rem immobilem, aut rerum univerſitatem *v. l. 3. §. 1. de A. A. P.* Qui in re alterius jus ſibi arrogat, is eam, ut ſibi ſervientem, deinceps poſſidet, vice verſa qui alterius jus negat, aut actum

actum ei contrarium suscipit, ille rem suam, ut liberam tenet, idem contingit, si alter jure suo non utatur seu ejus exercitium omittat, nam & hoc alterum in possessione libertatis & rei liberæ constituit, imo si creditor debitum non exigat, in debitore libertatis possessio, vel saltem affectus, onus illud tollendi, non male asseritur *v.* OBSERV. LAUTERB. *Observ. 1126.*

§. 7. Qui alios ad judicium vocat, similesque actus exercet, is Jurisdictionis nec non districtûs, in quo hæc se exserit, possessionem consequitur. Qui ministros Ecclesiæ Consistorio præsentat, ille in possessione juris Patronatus, ratione Ecclesiæ Parochialis, constituitur. Muneris, reique eidem connexæ, possessio, exercitio actuum, ex illo profluentium, obtinetur. Si quis jus venandi in aliqua sylva, aut piscandi in lacu vel flumine exerceat, is sylvæ lacusque vel fluminis possessionem acquirit.

§. 8. In genere tamen, omnes actus possessorii, videntur resolvi in *Occupationem*, qua, in re vacua, *Usurpationem*, qua, in re aliena, domino invito, & *Traditionem*, qua, eodem consentiente, possessionem consequimur. Uti autem hæc ultima, in se, diversa est, ceu *c. l. 4. §. 36. seqq.* ostendimus, ita, à peculiaribus quoque objectis, eam diversa forma indui, ex modo dictis patet. Si quis dominium rei suæ, vel aliud jus reale, in aliquem transferat, ac, non discedens à re, eam, alterius nomine, deinde possideat, ista tradendi ratio *Constitutum possessorium* dicitur *add.* LAUTERB. *C. J. de A. A. P. lit. C. ibique Obs. 1027.*

§. 9. Effectus possessionis, juxta datæ definitionis indicium, vel respicit *jus principale*, vel *proprium*, vel *rem possessam*. Primo igitur respectu, possessio *jus verum* aliquando (1.) *producit*, nam per occupationem rei vacuæ, vel traditionem, ex justo titulo factam, dominium vel simile jus acquiritur. Quodsi autem jus reale aut personale, ante possessionem, jam existat, tum hæc illud (2.) *firmat*, præterea illa jus (3.) *probat* aut pro eo præsumtionem facit *v. l. 128. de R. J. l. 9. §. 4. de publ. in rem act. l. fin. C. de R. V.* nam illud maxime naturale est, ut ei, qui hactenus jus sibi asseruit, ac actus possessorios exercuit, tamdiu illud tribuamus, donec alius contrarium probaverit.

§. 10. Exinde sequitur, quod possessionis causam nemo regulariter allegare teneatur *l. fin. de A. A. P. l. 11. C. de hæred. petit. l. 24. 73. de*

 R. V. l. 2.

R. V. l. 2. C. de probat. l. 4. C. de edend. Uti vero, si adversarius jus suum deducat, contrariam probationem suscipere debet possessor, si succumbere nolit, ita ob præsumtiones, quæ contra ipsum militant, titulum quoque aliquando allegare tenetur, idem obtinet, si sine prævia tituli allegatione, actio institui nequeat, ut circa hæreditatis petitionem jure Romano contingebat *l. 11. C. de hæred. petit.* Denique (4.) possessio *præbet occasionem*, ut mediante præscriptione, jus verum acquiratur.

§. 11. Præterea *operatur* quoque possessio *jus proprium*, quod *jus possessionis* dici solet, cumque possessio, non perinde ut pactum, certam respiciat personam, sed contra omnes potius valida esse velit, ideo, juxta intentionem possidentis, jus illud non male pro *jure reali* habetur: Quodsi tamen alio jure non fulciatur, non adeo constans & efficax est, sed per oppositum jus fortius facile elidi potest, *v.* OBSERV. LAUT. *Obs. 32.* Ex jure autem tam principali, quam proprio, resultant remedia, quibus illa defendi queant, nempe *defensio privata*, etiam violenta *v. l. 3. §. 9. l. 17. de vi & vi arm. l. 1. C. unde vi.* & *actiones possessoriæ*, de quibus postea explicatius dicemus.

§. 12. Denique, ratione *rei possessæ*, id *efficit* possessio, ut illâ uti queamus, jure an injuria, hactenus nihil refert, quo respectu *beati possidentes* dici solent. Præterea, cum possessor rem possessam detineat, adeoque eam alii præstare queat, hinc actione reali *v. l. un. C. de alien. judic. mutandi* in loco rei sitæ conveniri potest *v. l. fin. C. ubi in rem.* immunitas autem à satisdando *l. 15. qui satisd. cog.* vel forum generale *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 156.* non tam à possessione aut re possessa, quam dominio potius similive jure dependet.

§. 13. Possessio acquisita *retinetur* animo & corpore, vel etiam animo solo, cum enim actus possessorius semel sit susceptus, possessio semper durare censenda est, licet ille quandoque cesset. Quodsi tamen alius rem, animo possessam, sibi afferat, tum prior possessio desinit *§. 5. I. de interd. l. 4. C. de acqu. poss. l. 3. §. 7. seqq. §. 13. l. 6. §. 1. l. 44. §. fin. ff. eod.* neque tamen ideo effectu suo penitus destituitur, sed lite orta posteriori plerumque præfertur, ac contra eam restituitur *v. l. 17. 22. de A. A. P. l. 3. pr. uti possid.* ut adeo in effectu nihil interesse videatur, sive priorem possessionem, amissam, sive animo retentam dicas,

hinc

hinc etiam limitationis, quam, quoad servum fugitivum addunt *v. l. 3. §. 10. l. 13. pr. l. 15. de A. A. P.* non magnus videtur usus aut effectus.

§. 14. Aliquando possessio *vacillat*, propter alterius turbationem, qua quietæ possessionis exercitium impeditur, id quod verbis & factis, in judicio & extra judicium, fieri posse dicitur LAUTERB. *C. J. de A. A. P. in fin.* Sed, ad effectum agendi, vix alia turbatio attenditur, quam quæ actibus possessoriis extrajudicialibus peragitur. De cætero illa locum habet circa objecta generalia, & arctioris custodiæ non capacia, vel etiam circa specialia, in quibus saltem aliquod jus acquirere alterum vero non plane expungere cupimus.

§. 15. Denique possessio quandoque etiam *amittitur*, nempe possessore *mortuo v. l. 1. §. 15. si is qui testam. lib. l. 23. de A. A. P.* ista tamen amissio non nocet usucapioni *l. 14. §. 1. de div. tempor. præscript.* nam, lege volente, hæc etiam, sine possessione, currere potest, ut nulla hic opus sit fictione. Vel *eo vivo*, semper autem fit amissio animo & corpore simul *l. 8. de A. A. P.* prout tamen actus illi magis aut minus se exserunt, ita quandoque possessio, vel animo & corpore, vel solo animo, vel solo corpore amitti dicitur.

§. 16. Primum contingit, si quis animum possidendi dimittat ac re abscedat *v. l. 30. §. 1. de A. A. P.* Secundum, si quis, dimisso animo, in re maneat *l. 3. §. 6. de A, A. P.* nam licet & hoc casu, corpore quis possessionem amittat, cum corporis ministerium ab animo dependeat, adeoque hoc cessante, illud quoque desinat, attamen actus ille corporeus non perinde, ut primo casu, liquidus est. Denique tertium accidit, si invitus quis possessionem amittat, ob rei interitum *l. 3. §. 17. l. 13. pr. l. 25. de A. A. P.* vel alterius dejectionem *l. 6. §. 1. l. 7. 15. l. 30. §. 2. 3. l. 47. de A. A. P. l. 1. §. 28. 32. 45. de vi & vi arm. l. 67. pr. de furt.* nam tum ex postfacto animum possidendi deponere cogitur, spe tamen, rem recuperandi, haud cessante *v. §. 13. h. add.* OBSERV. LAUTERB. *Obs.* 1031.

§. 17. Ex hactenus dictis varietas Possessionis etiam declarari potest. Nimirum (1.) à jure, quod nobis asserimus, est vel *simplex*, quando, ob jus personale & temporarium, rem tenemus, hæc dicitur *Detentio* ac, in sensu latiori, *Possessio naturalis l. 7. §. 11. comm. divid. l. 2. §. 1. pro hæred. l. 38. §. 7. de V. O.* Hoc modo possidentur peculia profecti-

fectitia & servilia, *l.1.§.5.l.24.49.§.1.de A. A. P.* res depositæ, commodatæ *l.17.§.1.depos.l.9.de R.V. l.8.9. commod.l.3. §.20. de A. A. P.* locatæ *l.3. §.31.de usurp.* precario concessæ, in custodiam datæ & mandatæ *l.3. §.f. l.10.§. 1.l.9. 18.de A. A.P. l.3.§.8. uti possid.* vel *Qualificata*, quando, propter jus reale & proprium, rem possidemus, hæc proprie *Possessio* dicitur.

§. 18. Estque (2.) ab *origine*, vel *Originaria*, quam in re vacua acquirimus, vel *Derivativa*, quæ de persona in personam transfertur. Hæc (3.) à *moralitate*, est vel *injusta*, quæ sola usurpatione constat, potest tamen successu temporis fieri legitima, vel *justa*, quæ ex aliquo titulo exercetur *l.3.§.21. de A. A.P.l.13.§.1. de public. in rem act.l.22.§.1.de noxal.action.* Est tamen amplius considerandum, utrum quis *domino sciente & volente*, possessionem nactus sit, an *eodem ignorante & invito*.

§. 19. Primo casu possessio simpliciter justa est, secundo vero, videndum, utrum possessor rem alienam *ignoret*, quo casu etiam possessio est justa, nam ignorantia titulum defendit, ac possessorem excusat, an *sciat*, tum possessio est injusta, nam dissensus domini & scientia possessoris, tituli aliàs validi efficaciam tollit, quodsi tamen, loco domini, lex positiva aliquando consentiat, illa etiam possessio justa erit.

§. 20. Exinde nova oritur divisio, nam (4.) à *scientia vel ignorantia possessoris*, possessio est vel *bonæ*, quando quis ignorat, sed rem invito domino tenere, vel *malæ fidei*, quando sciens rem invito domino possidet *v.l.3.§.22.de A.A.P.* Est igitur hæc divisio specialis, pertinetque ad casum rei alienæ, invito domino detentæ, hinc creditor, usufructuarius & qui, domino etiam tacite consentiente, rem alienam sciens sibi asserit, proprie neque bonæ, neque malæ fidei possessor est, licet vulgo aliter sentire videantur.

§. 21. Præterea (5.) intuitu *præscriptionis*, possessio distinguitur in *efficacem*, ex qua præscriptio sequi potest, & *inefficacem* seu *vitiosam*, quæ illi producendæ est inepta, talis est *violenta*, *clandestina* & *precaria* *v.l. 1. de itin. actuque priv. l. 1. de aqu. quotid.* (6.) ratione *modi*, est possessio vel *naturalis*, quando animo & corpore, vel *civilis*, quando solo animo res possidetur *v.l.10. C. de acquir. possess.*

§. 22. Porro (7.) à *jure*, ob quod possidemus, est itidem vel *Civilis*, quando jure dominii, pleni aut minus pleni, veri vel putativi,

rem

rem tenemus *v. l. 15. §. 1. qui satisd. cog. l. 2. §. 1. pro hæred. l. 1. §. 9. de vi & vi arm. l. 3. §. fin. ad exhib. l. 22. §. 1. de noxal. action. l. 13. §. 1. de public. in rem action. l. 12. de vi & vi arm. l. 67. pr. de furt.* vel *Naturalis,* quando ob aliud jus reale, rem nobis asserimus *v. l. 12. 37. 40. 49. de A. A. P. l. 16. de usurp. l. 22. §. 1. de noxal. action. l. 37. de A. R. D.* quales possessores, certo respectu, possidere negantur *l. 5. §. 1. ad exhib. l. 1. §. 8. de A. A. P. §. 4. I. per quas pers. cuique acquir.*

§. 23. Denique (8.) ab *objecto*, possessio distingui solet in *veram*, rerum corporalium *l. 3. pr. de A. A. P. l. 32. §. 1. de S. P. U. l. 4. §. 27. de usurpat.* & *analogicam*, rerum incorporalium *l. 2. comm. præd. l. 9. de hæred. petit. l. fin. in fin. si pars hæred. pet. l. 23. §. 2. ex quib. caus. major l. 10. si serv. vindic. l. 3. §. 17. de vi & vi arm.* Verum illa distinctio eo sensu non est admittenda, quasi quædam possessio tantum res corporales, alia vero res incorporales afficiat, nam etiam, quoad servitutes, ad quas vulgo respiciunt, res servientes corpores possidemus, hinc dicendum potius, quod omnis possessio, diverso respectu, res corporales & incorporales afficiat, juxta notata *§. 5. seqq.*

§. 24. Denique vulgaris doctrina, *quod possessio, quoad acquisitionem, facti l. 1. §. 3. de A. A. P. l. 12. §. 2. de captiv. acquisita autem juris, & jus in re sit l. 44. pr. l. 49. §. 1. de A. A. P. l. 2. §. 38. ne quid. in loc. publ. plurimum tamen facti etiam in se contineat l. 19. ex quib. caus. major. l. 1. §. 15. si is qui testam. lib. v.* LAUTERB. *C. J. de A. A. P. lit. N.* ex hactenus dictis commode explicari potest: Nimirum possessio ipsa, sive acquirenda, sive acquisita, semper facti est, eam tamen tam jus principale *§. 9. 10.* quam proprium *§. 11.* consequitur & comitatur. *add.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 1023. seqq.*

CAPUT VIII.

DE ACTIONIBUS POSSESSORIIS.

SUMMARIA.

Actionum possessoriarum indoles §. 1.
Denominatio Romana §. 2.
Divisio, interdictum adipiscendæ possessionis §. 3.
Idem, cum petitorio, habet fundamentum §. 4.
Hoc tamen evidens esse debet §. 5.
Interdicti adipiscendæ possessionis exempla §. 6.
Interdicti recuperandæ possessionis nomen & indoles §. 7.

betur, ac adeo liquidum, possessoris vero, obscurum minusque validum sit, tum obtinet remedium possessorium; si, vice versa, major sit præsumtio pro possessore, tum petitorio expellendus ille est. Possessorium est expeditius ratione probationis & processus, sed petitorium contra plures, quorum respectu possessorium vim suam amittit, efficax esse solet.

§. 5. Id vero facile liquet, pro jure actoris, in interdictis adipiscendæ possessionis, præsumtionem non excitare ipsam possessionem, hanc enim hactenus nondum habuit actor, sed eam de novo consequi laborat, hinc aliæ circumstantiæ, ut *confirmatio judicis, evidentia instrumenti, factum* vel *confessio ipsius adversarii*, similesque hoc casu jus actoris evidens reddere, adeoque idem, quod aliis in casibus possessio præstare solet, operari debent.

§. 6. In jure Romano quatuor horum interdictorum exempla laudantur: *Interdictum quorum bonorum, Quod Legatorum, Remedium ex l. fin. C. de edict. div. Hadrian. toll.* & *interdictum Salvianum:* Quæ uti, in loco proprio, specialius considerabimus, ita hic observandum, quod alia quoque locum invenire queant, nam toties interdictum adipiscendæ possessionis obtinet, quoties actoris jus liquidum, possessoris vero, incertum aut obscurum est, hinc v. gr. proprietarius, ab hæredibus usufructuarii, rem usufructuariam tali interdicto recte petit *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 1084.* De nominibus autem aliorum exemplorum, parum hodie laborandum erit, quodsi tamen quis nomen omnino desideret, is, juxta veterem superstitionem, usitatas appellationes, utiliter huc applicare poterit.

§. 7. Interdictum recuperandæ possessionis, etiam dicitur in jure Romano, *Unde vi*, & est *Actio realis, qua possessio, vi amissa, cum omni causa, repetitur.* Fundamentum ejus est, vel *dominium aut aliud jus reale, ob possessionem, præsumtum,* vel *jus possessionis*, nam in effectu res eodem recidit, sive illud, sive hoc asseras. Vulgo quidem ex delicto interdictum hoc repetunt, ac personale putant, sed prior sententia æquitati magis convenit *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 32. n. 5. Obs. 1089.*

§. 8. Datur hoc interdictum, jure Romano, ob vim expulsivam, qua is, qui anima vel corpore *l. 6. §. 1. de A. A. P. l. 1. §. 24. 26. l. 3. §. 14.* *de*

de vi civiliter vel naturaliter *l. 1. §. 9. l. 3. §. 13. 14. eod.* possidet, ex re immobili *l. 1. §. 3. 6. eod.* expellitur. Ob vim ablativam vel compulsivam non datur *d. l. 1. §. 6. l. 5.* forte ideo, quod his casibus, actiones satis expeditæ, jam competerent. Hodie nihil vetat, quo minus ob quamvis vim, interdictum Unde vi concedatur, maxime cum jus Canonicum, ex recepta sententia, eo inclinet, in decantato *Can.* redintegranda 3. *Caus.* 3. *qu. 1.*

§. 9. Sicut autem Romani restrictionem minime necessariam introduxerunt, quoad objectum, ita, circa ipsam etiam vim, otiose tricati sunt; Qui possessionem tradere compellitur, vi dejectus non censetur *l. 5. de vi & vi arm.* qui rem vacuam occupat, ac dominum reversum non admittit, violenter non dejicit *l. 4. §. 28. de usurpat.* quod merito improbatum *l. fin. C. unde vi* hinc etiam ille vi dejicere videtur, qui à perfido procuratore vel colono possessionem accipit *l. fin. C. de acquir. possess.*

§. 10 Competit interdictum unde vi, dejectis, aut hodie potius, spoliatis, qui jus reale habent *v. l. 3. §. 13. de vi* vel saltem sibi, etiam mala fide, asserunt, si à tertio dejiciantur *l. 1. §. 30. l. 12. 18. eod.* Datur etiam spoliati hæredibus *l. 1. §. 44. eod.* licet enim dejecti non sint, adeoque jus proprium non habeant *l. 1. §. 9. 23. 45. eod.* gaudent tamen jure transmisso. Si dejiciantur, qui rem tantum detinent, tum domino datur interdictum *l. 1. §. 10. 22. l. fin. eod.* possunt tamen detentores, domini absentis nomine, sine mandato agere *l. 1. C. si per vim.*

§. 11. Dejectus dejicientem, in continenti, recte iterum dejicit, sed si ex intervallo hoc faciat, tum huic quoque interdictum datur *l. 1. §. 27. l. 3. §. 9. l. 17. de vi.* Idem obtinet, si quis ab eo, qui melius jus habet, dejiciatur, nam juste etiam dejecto competit interdictum, spoliatus enim ante omnia restituendus §. 6. *I. de interd. l. 6. 7. C. unde vi. c. 5. 7. X. de restit. spoli.* Cæterum ut hoc casu delictum, si quod subest, non respicit dejectum, sed Magistratum, ita si hic, ut sæpe fieri solet, auxilium suum promte non impertiatur, sanctio illa positiva, magna cum iniquitate est conjuncta; Inter liberas autem gentes & Status imperii Germanici illa plane non obtinet *v.* Specim. Jur. Publ. *l. 2. c. 9. §. 49.*

§. 12. Datur interdictum contra dejicientem, etiamsi juste dejece-

jecerit, de quo proxime dictum, mandantem, mandatarium ac ratihabentem *l. 1. §. 12. 13. 14. de vi.* quod tamen non aliter accipiendum videtur, quam quatenus possident, aut, cessante possessione, æstimatio damni ab iis petitur. Contra tertium non competit *l. 7. unde vi* sed juxta æquitatem, & jus canonicum, *c. 18. X. de restit. spoliat. c. 3. Caus. 3. qu. 1.* aliud obtinet *v. §. 7.* quodsi autem tertius meliori magisque evidenti jure nitatur, tum actio erit inefficax. Hæredes, qua possessores, quoque conveniuntur, ad damni vero æstimationem eatenus saltem tenentur, quatenus ad eos pervenit *l. 1. §. fin. l. 2. 3. 9. de vi* quod ultimum, positivum & quodammodo iniqvum est.

§. 13. Contra parentes, non interdictum unde vi, sed, detracta mentione violentiæ, actio in factum datur, nisi armata vi liberos expulerint *l. 1. §. 43. de vi.* Ex furto tamen parentes actione furti famosa conveniuntur *l. 52. §. 6. de furt.* nam ejus forma semper certa est, violentiæ vero, vaga quodammodo & incerta, hinc reverentius agendum. Hodie sollicitudinis illius Romanæ nullus, vel certe exiguus, est usus.

§. 14. Competit interdictum ad recuperandam possessionem rerum immobilium, &, quæ in iis fuerunt, mobilium *l. 1. §. 3. 6. 32. de vi.* Hodie indistincte res immobiles & mobiles huc pertinent *v. §. 8. h.* Quodsi res perierit, etiam sine dejicientis culpa, æstimatio præstanda est *l. 1. §. 33. 34. eod.* non minus quoque cætera damna resarciri ac fructus, etiam percipiendi, præstari debent *d. l. 1. §. 31. 40. 41. l. 4. C. eod.* ac potest damni æstimatio læsi jurejurando definiri *l. 9. C. unde vi.* In Saxonia reus æstimationem injuratam præstare vel juramento minorationis eam minuere tenetur. CARPZOV. *in P. tit. 12. art. 4. n. 42. add.* LAUTERB. *C. J. de vi & vi.*

§. 15. Interdictum retinendæ possessionis est *actio realis, qua res actibus turbativis arrepta, à turbantibus, cum sua causa, repetitur.* De ejus fundamento idem dicendum, quod diximus §. 7. est scilicet vel *dominium aliudque jus reale, ob possessionem præsumtum*, vel *ipsum jus possessionis.* Alii interdictum hoc personale dicunt, ac ex delicto turbationis repetunt, sed prior sententia veritati magis videtur consentanea, interim, cum saltem detur contra turbantes, in effectu nihil interest, sive hoc, sive illud afferas: *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 1091.*

§. 16. Datur hoc interdictum ob vim turbativam, qua quis rem alteri non penitus quidem aufert, sed tamen eam arripit, ac sibi quoque possessionem asserit hinc actio hæc possessorem certo respectu tuetur & oppugnat, seu, retinendæ & recuperandæ possessionis est *add. l. 1. §. 1. 4. uti possid.* Cumque duo possessionem sibi asserant, adeoque singuli adversarium pro turbatore habere possint & soleant, hinc interdictum hoc dicitur *duplex*, in quo uterque actor & reus esse potest *l. 3. §. 1. uti possid.* is tamen actor est, qui prior ad judicem provocavit *l. 13. de judic.* aut, utroque simul provocante, quem sors elegit, quo sortis judicio raro opus videtur.

§. 17. Competit interdictum turbatis, &, ex nonnullorum sententia, etiam dejectis, qui animo scilicet adhuc possidere censentur, cujus controversiæ nullus est effectus *v. cap. præc. §. 13.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 1092.* contra turbantes. *l. 3. §. 2. 3. uti possid.* Quoad probationem vero distingvendum videtur, utrum *turbatus hactenus quiete possederit*, tum ille probare non debet, sed possessione sua secure nititur, ac interdictum est instar actionis negatoriæ, hinc adversario onus probandi incumbit *v. l. 1. §. 6. uti possid.* an vero *utriusque possessio fere sit æqualis*, tum ab utroque probatio exigitur.

§. 18. Qui igitur possessionem antiquiorem, vel meliori titulo subnixam docuerit, ejus causa erit potior *c. 9. X. de probat.* inprimis vero ille succumbit, qui vi, clam vel precario ab adversario possidet *l. 1. §. fin. l. 2. uti possid. l. 53. de A. A. P.* Quodsi utriusque partis, æqualis sit probatio, utraque in possessione relinquitur *l. 3. pr. uti possid.* donec altera in petitorio vicerit, nam, in communi etiam possessione, alter contra alterum, petitorium recte instituere potest, nec multum intererit, actoris an rei partes quis sustineat, cum ab utroque probatio requiratur.

§. 19. Tendit interdictum ad possessionem rerum immobilium & mobilium defendendam, ac res suo modo à turbante repetendas, damnum quoque turbatione datum, idem persequitur, ut & cautionem de non turbando imposterum *v.* SCHILTER *ad ff. exerc. 47. §. 60.* BERGER *in resolut. ad* LAUTERB. *Uti possid. qu. 2.* licet vero hanc indistincte necessariam esse existiment, æquitatis tamen rationem omnino habendam, nec reum, si gravis futuræ turbationis haud subsit

suspi-

ſuſpicio, ſatisdandi onere gravandum eſſe, putem, maxime cum cautio illa ſit indefinita ac certo tempore non circumſcribatur.

§. 20. De cætero uſus interdicti retinendæ poſſeſſionis late patet, nam ab *objecto generaliter ſpectato*, diſtingvitur in interdictum *Uti poſſidetis*, quod ad immobilia, & *Utrubi*, quod ad mobilia pertinet, cujus ſpecies, ni fallor, ſunt interdictum de *homine libero exhibendo*, de *liberis exhibendis & ducendis*, de *migrando*, forte etiam de *glande legenda* & de *mortuo inferendo*, niſi hæc duo poſteriora malis referre ad ſpecies interdicti Uti poſſidetis, cujus totius controverſiæ nullus eſt effectus, quemadmodum etiam interdictum Utrubi cum allatis ſpeciebus, raro uſum hodie habere videtur. *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obſ.304.1103 ſeqq.*

§. 21. Interdictum autem, Uti poſſidetis, ad varias res immobiles iisque innexa jura extenditur, hinc non tantum, ex veteri formula, in *directum* & *utile*, quo quaſi poſſeſſio rerum incorporalium, quas ſeorſim occurrere, male vulgo credunt, defendi dicitur, diſtingvitur *v.* LAUTERB. *C. J. Uti poſſid.* ſed & vel à *ſpeciali objecto*, vel à *modo turbandi*, ſpecialia ſortitur nomina, hinc interdictum de *ſuperficiebus*, de *itinere actuque privato*, de *aqua*, de *rivis*, de *fonte*, de *Cloacis*, de *precario*, de *arboribus cædendis* commemoratur, nam his nominibus non nova & peculiaria interdicta, ſed unius varium uſum indicari, manifeſtum eſt, ut nimis ſuperſtitioſum ſit, circa ſingula novam moliri explicationem *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obſ. 1094. ſeqq.*

§. 22. Poſſent præcedentibus exemplis addi alia: Interdictum de *dominio*, *emphyteuſi*, *cenſu*, *feudo*, *uſufructu*, *pignore*, & ſi quæ ejus generis alia nomina adhuc ſuppetunt, modo memineris, his & præcedentibus nominibus, non tantum interdictum *Uti poſſidetis*, ſed &, *Unde vi*, aliquando indicari. Ad eandem etiam claſſem pertinent illæ Pandectarum rubricæ: *ne quid in loco ſacro fiat: de locis & itineribus publicis* aliæque plures, nam & iis, multiplex interdicti, Uti poſſidetis, uſus oſtenditur. Interdictum *quod vi aut clam*, ejusdem interdicti exemplum eſt, quamvis eo nomine etiam a io damni quandoque ſignificetur *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obſ. 1096. ſeqq.*

§. 23. Illud circa actiones poſſeſſorias in genere obſervandum puto, earum durationi nullum certum tempus eſſe præſtitutum, ſive, eas præſcriptioni peculiari non ſubjacere, nam dantur illæ ob *juris evi-*

dentiam, hinc durant aut pereunt, prout circumſtantiæ, quæ evidentiam producunt, vel adhuc urgent, vel vim amiſerunt. Quando igitur vulgo dicitur, quod certum aliquod interdictum 30. annos duret, vel anno terminetur, illud omne inane & ſine effectu eſſe puto *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obſ. 1080. 1083. 1090. 1105.* Quodſi autem jus omne præſcriptione ſublatum ſit, tum ſine dubio etiam ceſſant remedia poſſeſſoria; ſic interdictum de glande legenda, triduo præſcribitur, quia omne jus hoc tempore excluditur.

§. 24. Ex eodem fundamento etiam fluit, quod tempus, quod, ad fundandum interdictum, in acturo requirere ſolet Prætor Romanus, v. gr. ut quis per annum, vel minimum in eo, triginta dies poſſederit *v. l. 1. §. 2. 3. de itin. actuque priv.* non ſit captandum, ac præciſe exigendum, nam an poſſeſſio, pro aliquo, excitet præſumtionem nec ne, id unice à momentis temporum non dependet, ſed in eâ producenda, vel temporis ſimpliciter ſpectati, vel aliarum quoque circumſtantiarum aliqua eſt efficacia, quorum adeo omnium cordatus judex rationem merito habebit.

§. 25. Quodſi remedia poſſeſſoria cum petitoriis comparemus, tum variæ regulæ, eorum intuitu, inculcari ſolent, quæ vel *actionum naturam* indicant, vel, qui ex *libertate* fieri poſſit, oſtendunt, vel quid per *regulas prudentiæ* aut, ex *præſcripto juris poſitivi*, faciendum ſit, docent, id quod exemplis, à LAUTERBACHIO *C. J. de interd.* commemoratis, illuſtrabimus.

§. 26. Primi generis regula eſt: *petitorium abſorbet poſſeſſorium v. c. 5. X. de cauſ. poſſeſſ. & propriet. l. 14. §. fin. de except. rei judic.* quando enim, de jure principali, lis penitus abſoluta eſt, de poſſeſſione quoque ſimul transactum. Quodſi vero regula ita accipiatur, poſt *cauſæ concluſionem in petitorio, non eſſe licitum, regredi ad poſſeſſorium v. d. c. 5.* tum non tam indicat, quid natura harum actionum, quam potius quid lex poſitiva exigat.

§. 27. Ad ſecundum genus pertinet hæc: *inſtituto petitorio, actor, eo omiſſo, ante cauſæ concluſionem ſententiam, poteſt inſtituere poſſeſſorium v. l. 12. de A. A. P.* quamdiu enim lex poſitiva obicem non ponit, pro libertate pronunciandum, recedentem tamen, adverſario, ad refuſionem impenſarum, teneri, dicendum videtur *add.* CARPZ.

I. Rſp.

I. Rsp. 42. n. 8. Ex tertio genere eſt: *commodius eſt agere poſſeſſorio, ubi ſufficiunt leves probationes, quam petitorio l. 24. de R. V.*

§. 28. Denique ad quartum genus hæ referri poſſunt (1.) *ſolo poſſeſſorio inſtituto, judex de proprietate judicare nequit, licet ex actis de juſta petitorii cauſa conſtet l. 18. comm. divid. l. fin. C. de fideicom. libert. niſi clauſula ſalutaris in libello ſit adjecta* (2.) *ſolo petitorio inſtituto, judex de poſſeſſorio judicare non poteſt, licet de illo conſtet ex actis c. f. X. de cauſ. poſſeſſ. & propriet. v.* CARPZOV. *I. Rſp. 33. 72. 73.* Utraque regula corruptionem fori redolere videtur, nam alias juſtum eſt, ut judex una ſententia, ſi fieri queat, omnem litem tollat *add. Decis. Saxon.* 13.

§. 29. Ulterius (3.) *Poſſeſſorium & petitorium coram eodem judice inſtitui, tractari & finiri debent l. 1. §. f. de aqu. quotid. l. 36. de R. V. l. 35. de A. A. P. l. 62. de judic. l. 7. §. f. de liber. cauſ.* Sed illa regula rationibus certis non nititur, aut ad judices pedaneos pertinuiſſe videtur, hinc ex uſu Territoriorum cognoſcendum, an illa hodie obtineat. (4.) *Cauſa poſſeſſorii prior, petitorii poſterior eſt l. 3. C. de interd. l. 13. C. de R. V. & hoc ordine inverſo, adverſarius poteſt appellare l. 1. C. de appell.* quæ regula tum demum obtinet, quando cauſa poſſeſſorii eſt præjudicialis, nam alias Reus actoris imprudentia poteſt & debet eſſe contentus.

§. 30. Porro (5.) *Poſſeſſorium retinendæ poſſeſſionis, non poteſt cumulari cum petitorio l. 1. C. de furt. l. 16. C. de inoff. l. 188. de R. J. l. un. C. de alien. judic. mut. c. 54. X. de appell.* Ceſſat vero cumulatio, ex interpretum ſententia, non propter legis prohibitionem, ſed actionum naturam, contraria enim conjungi non poſſunt, quo pertinent textus allegati. Enimvero interdicta retinendæ poſſesſionis etiam præſupponunt adverſarium, ſuo modo posſidentem, adeoque cum petitorio natura ſua, cumulari omnino poſſunt, ut adeo, fallente ratione, regula ceſſare videatur.

§. 31. Interim fateor, formalem horum remediorum conjunctionem haud conſultam eſſe, inſtituto tamen poſſeſſorio, jura petitorii, illius juvandi gratia, immiſceri poſſunt, id quod etiam dicendum arbitror de regula, quam (6.) proferunt: *Poſſeſſoria acquirendæ & recuperandæ poſſeſſionis, non poſſunt cumulari cum petitorio l. 1. C. de appell.*

sed jure Canonico & usu fori cumulari possunt c. 3. seqq. X. de caus. poss. & propriet. judex tamen pro arbitrio mandare potest, ut partes hoc vel illud agant c. 2. X. d. t. c. 24. X. de elect. nam legis aliqua prohibitio hic frustra subesse existimatur, hinc omnis ista res, juxta prudentiæ præscriptum, expedienda est.

§. 32. De eo etiam quæri potest, *an distinctio remedii possessorii & petitorii, mero jure naturali obtineat?* Negare id videtur GROT. *de J. B. P. l. 3. c. 20. §. 48.* sed, cum diversus jurium status, non à lege positiva sit, sed ex circumstantiis, apud omnes gentes occurrentibus, resultet, dicendum omnino erit, quod jus naturæ, tam quoad liberas gentes, quam homines privatos, exigat, ut ei, cujus jus maxime est liquidum, tamdiu res relinquatur aut detur, donec alter plenius jus probaverit, quo ipso discrimen remedii possessorii & petitorii emergit, quod etiam, ex laudati Juris præscripto, eo magis erit observandum, quo magis, inter privatos, processus sunt tardi & involuti *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 1081.*

§. 33. Ex eodem etiam fundamento liquet, quod discrimen *possessorii ordinarii & summarii*, juri naturali non sit incognitum, poterit enim alterius possessio, esse valde *liquida*, alterius vero *melior*, sed *obscura*, illi igitur remedio summario succurrendum erit, donec hic processu ordinario jus suum deduxerit, cui etiam hoc remedium aliquando erit necessarium, si nimirum meliorem quidem possessionem, sed non melius jus, quoad rem ipsam, docere queat. Interim in genere verum videtur, homines de discrimine petitorii & possessorii, hujusque vel ordinarii, vel summarii, non adeo futuros esse sollicitos, si controversiæ ortæ, ex æquo & bono terminarentur, non per longas ambages ducerentur.

CAPUT IX.
DE PRÆSCRIPTIONE.

SUMMARIA.

Pacto quodammodo similis est præscriptio §. 1. Desiderata circa eam, tam quoad legislationem quam doctrinam §. 2. Ejus indoles §. 3. Finis §. 4. Divisiones suspectæ §. 5. Veræ ratione objecti §. 6. Temporis §. 7. Modi §. 8. Omnis præscriptio præsupponit jus efficax §. 9. Intelligendis requisitis tres casus sunt distinguendi §. 10. Præscriptionis translativæ quinque sunt requisita §. 11. Justus

§. 1.



QUemadmodum pactis jura transferuntur & extingvuntur, ita in civitatibus, si non omnibus, certe plerisque, in eundem usum, lex positiva aliud instrumentum efformare solet, quod *Præscriptionis* nomine venit, hæc adeo, perinde ut pactum, est generale aliquod jura mutandi medium, ac instar conventionis tacitæ, cumque ejus usus latissime pateat, ideo doctrina generalis, post pacta cum connexis explicata, merito instituitur.

§. 2. Uti autem Præscriptionis materia, vitio & varietate legum, valde involuta & intricata est, ita vulgaris docendi ratio, oppido quoque est confusa, id quod ex eo præcipue habet originem, quod præscriptionem, pro modo acquirendi dominium habeant, hujusque adeo intuitu, ejus indolem & requisita tradant, ac illam deinde doctrinam, ad alia jura infeliciter extendant: præterea vulgare præjudicium est, quasi distincta sit præscriptio rerum corporalium, jurium & actionum, ex quo varia dogmata, falsitatis manifesta, profluunt v. OBSERV. LAUTERB. *Obs. 1033. 1121. seqq.*

§. 3. An in tanta incertitudine & confusione, magis ordinate & solide rem hanc sim propositurus, ipse dubito, interim, quid videatur, jam proponam. Præscriptio in genere est *actus, variis requisitis, inprimis temporis diuturnitate vel lapsu constans, quo, ob dispositionem legis civilis, jura, sine speciali ejus, cui competunt, consensu, transferuntur, vel extingvuntur.* Non est quidem illa, quatenus à certo tempore vim suam sortitur, ex *jure naturali*, attamen nec *huic repugnat*, quod utrumque jam supponitur v. OBSERV. PUFEND. *Obs. 312.*

§. 4. Fi-

§. 4. Finis introductæ præscriptionis est, quo *lites in foro civili aliquando cessent.* Ex quo sequitur, jura præscriptionum, quantum fieri potest, *uniformia & perspicua esse debere*, ne alias novis, iisque intricatioribus litigiis, ansam illa præbeant. Hoc autem à legibus Romanis haud esse observatum, facile liquet, nam, in determinandis Præscriptionis requisitis, ultra modum, scrupulosæ & variæ sunt, ex quo magna incertitudo & difficultas exoritur ut dudum præscriptionis materia, intricatissimis fuerit annumerata, hoc vero, cum regulis utilitatis & prudentiæ non convenire, manifestum est, licet alii leges Romanas valde extollant *v.* HEIG. *p. 1. qu. 16. n. 7.*

§. 5. Quoad *varietatem* Præscriptionis, primo cavendum est præjudicium, quo diversa *rerum corporalium, jurium* & *actionum* præscriptio esse existimatur, nam tria illa cohærent, & quævis præscriptio illa omnia afficit. Qui *rem* alterius usucapit, is *dominium* & *rei vindicationem* simul acquirit: Si lapsu temporis debitor liberetur, *jus* & *actio* extingvitur, & *res debita* fit libera, & ita porro.

§. 6. Rectius Præscriptio distingvitur (1.) ab *objecto*, in præscriptionem *jurium actionumque realium* & *personalium* *v. l.* 1. *c.* 11. §. 16. hæc vero dum nominamus, varia eorum objecta, puta res proprias, servientes, oppignoratas, debitas, damna, pœnas, easque vel civiles vel criminales, simul includimus. Ea, quæ ad dominium pertinet, dicitur *Usucapio* &, sensu speciali, *longi temporis præscriptio*, quæ olim apud Romanos rebus, tempore & effectu differebant, sed à Justiniano sunt exæquatæ *l. un. C. de usuc. transform. v.* STRUV. *S. J. C. exercit.* 43. §. 5. *add.* OBSERV. LAUTERB. *Obs.* 1032.

§. 7. Porro (2) ratione *temporis*, intra quod completur, varie distingvitur Præscriptio. Datur enim aliquot dierum, mensium, annalis, biennii, triennii, quadriennii, quinquennii, decennii, vicennii, tricenaria, quadragenaria, quinquagenaria, immemorialis & centenaria *v.* STRUV. *S. J. C. exerc.* 46. §. 28. 29. Eodem pertinet præscriptio *longi*, quæ tribus, decem vel viginti, & *longissimi*, quæ triginta vel pluribus annis completur *t. t. C. de præscript. long. tempor.* & *de præscript. 30. vel. 40. ann.* Sed videtur ista terminorum acceptio esse particularis, ac præcipue ad Usucapionem seu Præscriptionem dominii pertinere.

§. 8. De-

§. 8. Denique (3.) ratione *modi*, non incommode Præscriptio distingvi videtur in *Translativam*, quæ jura formaliter existentia, sub eadem forma, in alium transfert, Exemplum est in dominio, quod mediante contractu similive actu, cum tertio, celebrato, acquirimus, *Constitutivam*, quæ jura, virtualiter saltem penes alium existentia, sub nova forma alii largitur, exemplum præbent dominium utile & servitutes, quæ, contra dominum verum, hac præscriptione acquiruntur; & *Extinctivam* seu *Privativam*, quæ jura nobis molesta extingvit, id quod, in servitutibus & actionibus personalibus tollendis, conspicitur: Suboluit ista divisio JCto in *l. 4. §. fin. de usurpat.*

§. 9. Requisita Præscriptionis quod attinet, id in genere satis manifestum est, quod quævis præscriptio jus aliquod præscribendum præsupponat, hinc vulgata regula: *agere non valenti, non currit præscriptio l. 1. §. 2. in fin. C. de annal. except.* privatio enim præsupponit habitum, & quod nondum est, præscriptione tolli nequit. Pertinet vero ista regula ad ejusmodi casus, ubi jus quidem aliquod adest, sed nondum efficax, hoc enim, antequam vim suam exserere possit, nondum adesse censetur *v. l. 1. C. de bon. matern. l. 30. C. de jur. dot. l. 7. §. 4. C. de præscript. 30. vel. 40. ann.* nam si alicui nullum penitus jus competat, de ejus præscriptione non temere movebitur quæstio.

§. 10. Specialior requisitorum explicatio, videtur omnino instituenda esse, juxta tres Præscriptionis species, quas *§. 8.* adduximus, sive, quod eodem recidit, intelligendis requisitis, triplex casus est distingvendus, vel enim (1.) quis in conditione præscribendi, per tertium est constituendus, vel (2.) ipse præscripturus, directe, contra alterum, præscriptionem inchoat, vel (3.) præscriptio oritur ob cessationem ejus, cui jus competit, quique per præscriptionem est excludendus.

§. 11. Ad primum casum, sive Præscriptionem Translativam, quando scilicet res præscribenda, sine voluntate domini, à tertio in aliquem transfertur, pertinent quinque illa, vulgo laudata, requisita: *Justus titulus, bona fides, possessio, res habilis & lapsus temporis*, quæ adeo parum recte, velut generalia, vulgo inculcantur *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 1034.* nos singula breviter perlustrabimus.

§. 12. Primo requiritur *justus titulus* i. e. talis actus, quo dominium similiaque jura transferri possunt *l. 24. C. de R. V. l. 4. C. de long.*

 tem-

tempor. præscript. debet autem titulus esse verus, tam ratione facti *l.* 27. *de usurp.* §. 6. *I. de usucap.* quam juris, hinc si quis titulo improbato, sciens vel in jure errans, rem acquirat, usucapio non procedit *l.* 31. *pr. l.* 32. §. 1. *de usurp. l.* 2. §. 15. *pro emt.* Aliquando tamen, sine omni vel valido titulo, præscriptio procedit, ob errorem facti *l.* 13. §. 1. *de usurp. l.* 2. §. 15. 16. *l.* 11. *pro emtor. l.* 5. §. 1. *pro suo,* quo casu titulus *pro soluto, l.* 46. 48. *de usurpat.* vel *pro suo* specialis *l.* 2. 3. 4. *pro suo* fingi solet, sed sine ulla necessitate *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs.* 1041. 1043.

§. 13. Possunt autem varii esse tituli, pro *emtore, donato, derelicto,* quando scilicet non dominus rem derelinquit, atque ita aliis velut donat *l.* 4. 6. *pro derel.* Porro pro *legato,* pro *dote,* non minus ex *permutatione* & *transactione,* præscriptio quoque oriri potest. Laudatur etiam titulus *pro suo generalis,* qui cum aliis concurrat *l.* 27. 32. *pr. de usurp. l.* 1. *pro suo* sed eo ipso patet, esse illum, non titulum, sed aliûs tituli, novum & otiosum nomen.

§. 14. In specie quoque occurrit titulus *pro hærede,* sed ille valde controversus est, potest tamen triplici modo, non incongrue explicari (1.) *si verus hæres possidet rem non hæreditariam* v. gr. defuncto commodatam *l. p. pro hæred.* cum enim ex legato rei alienæ, usucapio sequatur, cur non etiam, ex successione in rem alienam, nam & in ea, donatio aliqua latet? fuit quidem illa sententia, apud Romanos, dubia *d. l. pen.* imo improbata *l. fin. C. pro hæred.* sed ratio & textus alter merito prævalent.

§. 15. Ille etiam titulus, pro hærede, erit, si (2.) *hæres rem, quam defunctus mala fide possidebat, propria bona fide, ex sua persona, usucapit.* In primo exemplo, defunctus non potest usucapere ob defectum tituli, in hoc, ob malam fidem, sed in hærede, titulus & bona fides concurrit, adeoque præscriptio recte asseritur (3.) *si non hæres, hæreditatem possidet, [illegible]nque contra verum hæredem præscribit,* nam nihil vetat, quo minus hic quoque præscriptionem, ex titulo, pro hærede, procedere existimemus *v.* OBSERV. LAUTERB. *Observ.* 1042.

§. 16. Secundo requiritur *bona fides pr. I. de usucap. l.* 109. *de V. S.* & quidem jure Civili saltem ab initio, vel tempore traditionis, vel aliquando etiam, contractûs *l.* 15. §. *f. l.* 44. §. 2. *l. pen. de usurp. l.* 48. §. 1. *de A. R. D.* sed jure Canonico, omni tempore adesse debet *c. fin.*

X. de

X. de præscript. quod hodie observatur, ex lapsu tamen temporis bona fides præsumitur, donec mala fides probetur *v.* OBSERV. LAUTER. *Obs. 1128.* De cætero bona fides est *ignorantia, qua rem, invito domino, nos tenere ignoramus*, hinc mala fides, non est *quævis scientia*, sed *illa demum, qua invito domino, rem nos possidere intelligimus v. c. 7. §. 20.* nam ex relatione ad dominum, ac proposito illum lædendi, ista res est definienda.

§. 17. Tertio requiritur *possessio*, non antea igitur currit præscriptio, quam res fuerit tradita *pr. I. de usucap. l. 25. de usurp.* debet vero esse possessio habilis, quæ scilicet animum habendi jus illud, de quo quæritur, involvat *l. 13. pr. de usurp. l. 55. de O. & A.* & tantum præscribitur, quantum possidetur *l. 30. de usurp.* Requiritur porro possessio continua *l. 3. de usurp. l. 2. C. de præscript. long. temp.*

§. 18. Quodsi tamen possessor moriatur, jacente hæreditate, præscriptio, bona fide cœpta, currit *l. 31. §. p. l. 44. §. 3. de usurp.* eamque hæres, post aditionem, continuat, licet ipse in mala fide sit *§. 7. I. de usucap.* sed hodie ejus bona fides quoque est necessaria. Si vice versa defunctus fuerit in mala fide, hæres usucapionem continuare nequit, licet habeat bonam fidem *d. §. 7. l. 11. de divers. temp. præscript. l. 11. C. de acquir. possess.* Ex sua tamen persona, rem, pro hærede, præscribere potest *v. §. 15. n. 2. h.*

§. 19. Continuatur quoque possessio per successorem singularem *§. 8. I. de usucap. l. 13. §. 10. 11. de A. A. P.* modo uterque sit in bona fide *l. 2. §. 17. pro emt.* quod hodie indubium est *v.* CARPZOV. *p. 2. C. 4. D. 17.* Potest tamen, si antecessor malam fidem habuerit, successor bonæ fidei, ex sua persona, præscriptionem inchoare & absolvere *l. 5. de divers. temp. præscr.* modo res, per alienationem, non fuerit vitiosa reddita *§. 2. in fin. I. de usucap.* diverso autem tempore illa præscriptio completur. *auth.* malæ fidei *C. de præscript. long. temp. Nov. 119. c. 7.*

§. 20. Quarto requiritur *res habilis.* Debet ergo in commercio *l. 9. de usurp.* &, respectu præscripturi, aliena *v.* OBSERV. LAUT. *Obs. 1035.* ac à vitio immunis esse. Res igitur furtivæ & vi possessæ præscribi nequeunt *§. 2. I. de usucap.* hinc nec res amotæ *l. 29. rer. amot.* nec ex veriori sententia, res hæreditariæ, mala fide alienatæ, licet alii dissentiant ob *l. 1. §. 15. si is qui testam. lib. l. 68. seqq. de furt. v.* OBSERV.

LAUTERB. *Obs. 1037.* Quodsi res immobilis vacua, occupata sit, à b.f. possessore illa præscribi poterit §. *2. I. de usucap. Nov. 119. c. 7.* nam talis occupatio, violentæ quidem comparatur, quoad interdictum unde vi *l. fin. C. unde vi,* sed non, quoad impediendam præscriptionem.

§. 21. Impedit autem vitium rei, præscriptionem, etiam quoad bonæ fidei possessores §. *2. I. de usucap.* aliquando vero vitium purgatur, si domino, rei nomine, satis fiat *l. 4. §. 13. de usurp.* vel res in ejus potestatem revertatur *d. l. 4. §. 6.* nam si tum denuo licite alienetur, vitium olim contractum, & reditu sublatum, usucapioni haud obest §. *3. I. de usucap.* Quodsi dominus rem oppignoratam creditori surripiat, res non fit vitiosa *l. 4. §. 21. de usurp. l. 5. pro emtor.* nam ratione dominii, furtum non est commissum: contraria quidem sententia aliis placuit *l. fin. de usurp. l. 6. C. pro emtor.* sed illa, velut ratione destituta, merito negligitur *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 1038.*

§. 22. Denique quinto requiritur *lapsus temporis.* Et quidem jure civili quoad res mobiles, triennium, quoad immobiles, decennium vel vicennium est necessarium *pr. I. de usucap. l. un. C. de usucap. transform.* estque illud tempus, continuum *l. 26. §. 4. ex quib. caus. major.* & computatur civiliter de die in diem, hinc dies inceptus habetur pro completo *l. 6. 7. de usurp. l. 15. de divers. tempor. præscript.* quod non visum fuit CARPZOVIO *p. 1. C. 16. D. 8.* Jure Saxonico, in mobilibus, annus & dies, in immobilibus triginta anni, annus & dies Saxonicus requiruntur WEICHBILD. *art. 21. Landrecht l. 1. art. 29. v.* PHILIPP. *us. Pr. Eclog. 31.*

§. 23. Exinde oritur præscriptio longi temporis. Sicut vero aliquando breviori tempore præscriptio absolvitur, nam v. gr. hæreditas testamento inofficioso data, quinquennio præscribitur, *l. 8. §. 10. fin. ff. l. 34. in fin. l. 36. §. 2. C. de inoff. testam.* ita nonnunquam longius tempus, triginta vel plurium annorum, ad eam requiritur, quæ longissimi temporis præscriptio audit *v. §. 7. h.* quæque, ut mihi quidem videtur, est vel *subsidiaria,* vel *principalis,* liceat enim terminis hisce diversitatem, quæ hic subest, exprimere.

§. 24. Subsidiariam dico, quæ præscriptioni longi temporis surrogatur eo casu, quando nonnulla requisita, ut bona fides, titulus vel rei habilitas, huic desunt, quæque adeo defectum illum, longioris temporis lapsu, compensat & supplet. Hoc modo ergo præscribuntur (1.)

res

res sine titulo (2.) vitiosæ, bona tamen fide possessæ, sed saltem ad effectum exceptionis, non actionis *l. 8. §. 1. C. de præscript. 30. vel 40. annor.* Quodsi ipse fur, raptor vel invasor rem vitiosam possideat, tum eam præscribit ad effectum exceptionis, ex sententia STRUVII *S J.C. exercit. 43. §. 20.* imo vitium furti plane tollitur ex doctrina CARPZOVII *p. 2. C. 3. D. 16. add. p. 4. C. 39. D. 6. &* VINN. *in not. ad I. de usucap. §. 2.* sed verius est, quod vitiosus possessor plane non præscribat *l. 8. §. 2. C. de præscript. 30. vel 40. annor. v.* STRYK. *in not. ad* LAUTERB. *C. J. de usurp. ad p. 576.*

§. 25. Inprimis subsidiaria est, præscriptio immemorialis, cujus in contrarium non exstat memoria, quod interdum etiam paucioribus quam centum annis fieri solet *v.* CARPZ. *p. 1. C. 16. D. 74. p. 2. C. 1. D. 7.* in hac nihil, nisi possessio & animus habendi, spectandum videtur, hinc etiam vitiosus possessor hoc modo plene rem præscribit *add.* LAUTERB. *C. J. de usurp. in fin.* Cæterum dum præscriptionem hanc, subsidiariam dicimus, ideo non negamus, quin tempus immemoriale, etiam circa præscriptionem, suis requisitis constantem, occurrere possit.

§. 26. Præscriptio longissimi temporis, principalis est, quando ob favorem nonnullorum dominorum, longius tempus requiritur, hinc probabile est, quod circa eam, perinde ut circa longi temporis præscriptionem, cætera omnia requisita adesse debeant. Exigitur autem aliquando tempus *30. annorum,* ut (1.) circa res liberorum adventitias, à patre alienatas, & currit demum tempus ex eo, quo patria potestas soluta *Nov. 22. c. 24. l. 1. cum auth.* nisi tricennale *C. de bon. quæ liber.* (2.) res immobiles, quas m. f. possessor, ignorante domino, in b. f. possessorem transtulit *Nov. 119 c. 7. auth.* malæ fidei: *C. de præscript. long. temp.* (3.) hæreditatem, successione testamentaria vel legitima, à non hærede acquisitam *l. 7. C. de hæred. petit.*

§. 27. Eadem præscriptio tricennalis videtur etiam pertinere (4.) ad fundum dotalem, à marito alienatum *l. 16. de fund. dot.* (5.) res testamento alienari prohibitas *l. 2. de usucap. pro emt. junct. l. 4. C. de præscript. 30. vel 40. ann.* quamvis alii tempus immemoriale intuitu harum rerum requirant *v.* STRUV. *S. J. C. exerc. 43. §. 24.* Inprimis illa spectat (6.) ad res Minorum. Olim hæ poterant usucapi, salvo

restitutionis in integrum beneficio *l. un. C. si adv. usucap.* sed non præscribi *l. 3. C. quib. non objic. long. temp. præscript.* sed postea usucapio, eique exæquata longi temporis præscriptio, ipso jure improbata est, ut neque contra minorem incipiat, neque cœpta currat. & præscriptio 30. annorum saltem admissa *l. fin. C. in quib. caus. restitut. in integr. necess. non est l. 3. C. de præscript. 30. vel 40. ann. add.* STRUV. *Exercit.* 43. §. 10. *n.* 6.

§. 28. Pupillis vero ne quidem longissimi temporis præscriptio nocet *l. 48. de A. R. D. l. 10. quemadm. serv. amitt. l. 3. C. de præscript. 30. vel 40. annor.* cujus rei is est effectus, ut ætas pupillaris præscriptioni eximatur. Quodsi vero pupillus, etiam sine tutoris autoritate, rem alienam vendiderit ei, qui illum puberem esse putabat, tum præscriptio longi temporis obtinet *l. 2. §. 15. pro emt.* hæc enim non pupillo, sed tertio nocet. Idem videtur dicendum, si res pupilli propria, in ignorantem alienetur, nam & tum invalida alienatio longo tempore forte confirmatur, salvo tamen restitutionis beneficio *arg. d. l. 2. §. 15. pro emtor. l. 4. §. 11. de usurpat. l. 4. §. 24. de dol. & met. exc. v.* STRUV. *d. exerc.* 43. §. 10. *n.* 5.

§. 29. Aliquando præscriptio longissimi temporis requirit 40. *annos*, ut (1.) quoad res principis patrimoniales *l. fin. C. de fund. patrim.* (2.) immobiles Ecclesiasticas *l. 23. C. de SS. Eccles. Nov. 111. c. 1. Nov. 131. c. 6. cap. 6. X. de præscript.* (3.) aliorum piorum locorum *v.* CARPZ. *p. 2. C. 5.* quibus addunt (4.) res civitatum *arg. l. 9. de usurpat. d. Nov. 111. c. 1. Nov. 131. c. 6.* sed argumentum illud vix probat: In Saxonia Electorali illæ subsunt præscriptioni 30. annorum, anni & diei Saxonici *p. 2. C. 6.* (5.) fiscales *v.* LAUTERB. *C. J. de usurp. in fin.* sed uti, quoad res quasdam, fisco nondum incorporatas, brevior præscriptio obtinet *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 1039.* ita contra fiscum regulariter omnis præscriptio videtur neganda *l. 6. C. de præscript. 30. vel 40. annor.* nam argumentum generale ex *l. 4. C. eod.* desumtum, contrarium non videtur probare *add.* STRUV. *S. J. C. Exerc.* 43. §. 19.

§. 30. Hactenus de requisitis Præscriptionis Translativæ. Quoad Constitutivam, qua quis directe, in re alterius, jus sibi acquirere intendit *v.* §. 10. requiritur (1.) *possessio*, qua quis affectum habendi ostendit, quæque, pro ratione juris acquirendi, diversa omnino est,

præter-

præterea non vi, clam aut precario debet exerceri, quod passim in Jure Romano inculcatur, nam hæc vitia animo habendi resistunt, adeoque acquisitionem impediunt: Res igitur meræ facultatis, i. e. jura, quorum intuitu, alius non habet possessionem, nunquam præscribuntur *v. l. 2. de via publ. & itin. publ.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 1036.* STRUV. *S. J. C. exerc. 43. §. 22.*

§. 31. Postea requiritur (2.) *lapsus temporis*, per quod possessio continuari debet, & obtinent hic ea, quæ §. 7. proposui, quodsi ob favorem domini, longius tempus requiratur, secundum tradita §. *26. seqq.* illud etiam in hac præscriptione observandum erit, *Rei habilitas* hic quoque requiritur, sed cum ea utplurimum adsit, ideo raro de ea quæritur, *Titulus* vero non est necessarius *l. 10 si serv. vindic. v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 216.* quemadmodum etiam *Bona fides*, ex ignorantia resultans, non requiritur, nam scientia, malam fidem hic non involvit *v. §. 16. h.* Ex quibus sequitur, quod præscriptio subsidiaria, de qua §. *24.* locum hic non habeat, licet aliis contrarium videatur *vid.* LAUTERB. *C. J. de usufr. lit. C.*

§. 32. Ad præscriptionem Extinctivam, qua quis jus alterius molestum saltem extingvere intendit *v. §. 10. h.* requiritur (1.) *possessio libertatis*, quæ diversimode acquiritur, aliquando *contradictione*, ut si quis exactioni servitiorum contradicat, ac exigens acquiescat, *susceptione actus contrarii*, in servitutibus negativis, vel *sola cessatione ejus cui jus competit*, nempe in servitutibus affirmativis, jure pignoris & juribus personalibus *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 260. 1126* (2.) *lapsus temporis*, per quod possessio non interrupta durare debet.

§. 33. Hoc autem varium est, nam regulariter servitutes extingvuntur longo tempore *l. 13. C. de serv.* jus pignoris ab extraneo possessore bonæ fidei, longo tempore *l. 1. 2. C. si advers. credit. præscript. opp. l. fin. C. de O & A.* malæ fidei, triginta, debitore & hæredibus, 40. annis præscribitur *l. 7. C. de præscript. 30. vel 40. annor.* jura & actiones personales, quæ rem vel pœnam pecuniariam persequuntur, regulariter 30. annis tolluntur *l. 3. C. d. t.* quodsi tamen favor personarum longius tempus, in aliis præscriptionibus requirat, juxta doctrinam §. *26. seqq. h.* tum illud etiam hic erit observandum. Aliquando certis juribus breve vel longius tempus specialiter statutum est, quod in locis propriis, distin-

distinctius apparebit *add.* LAUTERB. *C. J. de diversf. & tempor. praescript.*

§. 34. Persecutiones criminales regulariter 20. annis praescribuntur *l. 12. C. de fals.* quaedam vero breviori tempore tolluntur, ut adulterium quinquennio *l. 28. C. de adulter.* quaedam nulli praescriptioni subjacent, ut apostasia aliaque crimina graviora. Sed hanc exceptionem, ex male intellectis nonnullis textibus, esse exortam, & omnia illa crimina consveto tempore posse praescribi, ostendit DN. THOMAS. *in dissert.* de Praescript. Bigam. *hab. Lips. 1685. add.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 1124.* de quibus omnibus, in sede cuivis juri propria, specialius erit agendum, nam hic locus delineationem generalem saltem exigit.

§. 35. De *Rei habilitate*, in praescriptione extinctiva, nulla est quaestio, cum enim de juris constituti extinctione agatur, rei habilitas necessario praesupponitur. *Titulus* quoque hic non intervenit nec *bona fides* requiritur. Vulgo tamen tam ad Constitutivam quam Extinctivam praescriptionem, bonam fidem, necessariam esse putant, quae sententia, in nonnullis licet judiciis recepta, ratione solidâ non nititur, sed omnem potius praescriptionem fere evertit. Inprimis non liquet, quomodo ad praescriptionem criminum, ignorantiam praescribentis, requirere possis *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 1125. 1127.*

§. 36. In hunc modum Praescriptionis requisita repraesentanda esse videntur: Illud autem facile liquet, nimis illa esse captiosa, ac excitandis litibus aptissima. Si in causam variae hujus Legislationis inquiras, forte non improbabile est, si rescripta nonnulla largitionibus implorantium esse obtenta dicas: quaedam vero sanctiones, ex aequitatis cujusdam opinione, originem habere possunt, cum enim praescriptio aliquam iniquitatis habeat speciem, forsitan existimatum fuit, eam vario requisitorum apparatu esse constringendam.

§. 37. Sed illa excusandae Legislationi non sufficiunt: Si praescriptio, iniqua esse creditur, satius est, eam penitus tollere, si vero cum regulis aequitatis conciliari posse videtur, requisita plana, pauca & uniformia sunt constituenda. Non rectius igitur negotiis humanis & Jurisprudentiae prospici posse existimem, quam si ad praescriptionem, nihil nisi *continua possessio* & *lapsus temporis*, nec nimium brevis, nec longi, requiratur, nullo vel modico personarum & rerum facto discri-

cri-

crimine, nam quæ ſubeſſe videtur iniquitas, ea utilitate publica facile penſabitur, eos tamen, qui manifeſto ſcelere, v. gr. furto, rapina aut prava adminiſtratione poſſeſſionem nacti ſunt, à præſcriptionis beneficio excludere liceret.

§. 38. His ita deductis, cætera Præſcriptionis Capita breviter adjiciemus. Præſcribere poſſunt *omnes, qui animum habendi actu externo declarare valent*, etiam filiifam. ratione bonorum, quæ ipſis acquiri poſſunt *l. 4. §. 1. de uſurp. l. 6. §. 1. pen. C. de bon. quæ lib.* pupilli, absque autoritate etiam tutorum *d. l. 4. §. 2.* furioſi vero non inchoant præſcriptionem, inchoatam tamen continuant *l. 1. §. 3. de A. A. P. l. 44. §. 6. de uſurp.* quarum ſanctionum hodie exiguus videtur eſſe uſus, cum plerumque omnis acquiſitio, per tutores & curatores, expediatur.

§. 39. Per procuratorem quoque præſcriptio poteſt inchoari, modo, nobis ſcientibus, poſſeſſionem adprehenderit *l. 47. de uſurpat.* nam *ad uſucapionem requiritur bona fides*, ut ait LAUTERB. *C. J. de uſurpat. lit. S.* i. e. ut quis cum effectu dicere poſſit, ſe ignoraſſe rem alienam, ſcire debet rem ipſam, quæ tamen ratio minime eſt neceſſaria, & omnino ad tricas Romanas pertinet, quod aliquando ignorantes, aliquando ſaltem ſcientes per procuratorem præſcriptionem inchoemus.

§. 40. Præſcribitur regulariter contra *omnes ſubditos*, pupilli tamen excipiuntur *v. §. 28. h.* Contra Imperantem quoque, quoad Regalia, præſcriptio immemorialis currit, ex communi ſententia *v.* STRUV. *S. J. C. exerc. 43. §. 24.* ſed eam rejicit DN. THOMAS. *in diſſert.* de Præſcript. Regal. ad jura ſubditor. non pertinente *hab. Hall. 1696.* ac Imperantem, ab omni præſcriptione, immunem pronunciat.

§. 41. Hoc certum, quod leges humanæ, quæ præſcriptionem formant, propria vi Imperantem non obligent, quemadmodum etiam conſvetæ conjecturæ, quibus inter Gentes liberas conſenſus tacitus mutandis juribus, afferi ſolet, adſtruendo Imperantis conſenſui, forte non ſufficiunt: Interim tamen communis ſententia, æquitate niti videtur, cum enim Imperans, eum in finem, præſcriptionem introduxerit, ut per eam, velut aliquod pactum, jura mutentur, ipſe etiam contra ſubditos præſcriptione uti ſoleat, merito quoque ejus vim contra ſe quo-

que admittere tenetur, maxime si jus, de quo quæritur, non adeo magni sit momenti, nec causa gravis ejus assertionem postulet.

§. 42. Præscribuntur *res corporales* & *incorporales;* quod tamen non ita accipiendum, quasi separatæ occurrant Præscriptionis species, sed in unaquaque potius, res illas concurrere, dicendum est *v. §. 5. 6. h.* Præscriptioni igitur subjacent *jura publica,* ex communi sententia, de qua proxime dictum, & *privata,* & licet omnis generis jura, v. gr. existimatio, præscriptibilia videantur, potissimum tamen de juribus, quæ res & corpus respiciunt, quæri solet. Dominium igitur, servitutes, pignus, jura personalia, ad rem vel pœnam, tam privatam, quam publicam, competentia, præscriptione mutantur, ita quidem, ut, pro casuum diversitate, diversus præscriptionis sit habitus diversaque requisita, id quod uti in præcedentibus generaliter declaravimus, ita in sede cuivis juri propria specialiter illud erit tradendum.

§. 43. Effectus Præscriptionis est, ut vel *jura, formaliter jam existentia, in alios transferantur,* idque plene, ut tam excipiendo, quam agendo defendi queant, aut aliquando minus plene, ut solum exceptio possessori competat *v. §. 24. h.* vel ex *juribus alienis particula aliqua decerpatur, ac sub nova forma constituatur,* cujus rei exempla, dominium utile ac servitutes potissimum præbent, vel *jura constituta extingvantur,* ac adeo præscribentis jus imminutum reviviscat ac restituatur, id quod quoad servitutes, pignora ac jura personalia potissimum accidit *add.* Observ. Lauterb. *Obs. 1129.*

Caput X.

DE PRÆSCRIPTIONIS IMPEDIMENTIS.

SUMMARIA.

Præscriptio aliquando impeditur §. 1.
Aliquando interrumpitur §. 2.
Usurpatione naturali §. 3. 4. Et civili §. 5.
Utriusque effectus §. 6. 7.
Aliquando etiam præscriptio quiescit §. 8.
Ac completa rescinditur §. 9.
Restitutionis tempus §. 10.
Datur præcipue ob absentiam §. 11. 12.
Et quidem vel præsenti contra absentem §. 13.
Cui etiam aliud remedium competit §. 14.
Vel absenti contra præsentem §. 15.
Restitutio exceptione vel actione obtinetur §. 16.
Hæc vetus est actio, novo nomine non insignienda §. 17.
Propter ignorantiam restitutio regulariter locum non habet §. 18.

§. 1. Im-

§. 1.



Mpedimenta seu contraria Præscriptionis, summatim quadruplicis generis esse videntur, vel enim Præscriptio ab initio *impeditur*, vel currens *interrumpitur*, vel *sistitur*, vel completa *rescinditur*. Primum contingit, si vel præscriptio plane non obtineat, ut quoad pupillos ac, ex sententia nonnullorum, Imperantes, vel si jus præscribendum nondum adsit, vel si necessaria præscriptionis requisita deficiant, id quod ex *cap. præc.* satis intelligitur, ut hic quidem nihil addendum sit.

§. 2. Currens vero Præscriptio secundo interrumpitur *usurpatione*, quæ est *cæptæ & nondum perfectæ præscriptionis interruptio, præcedentem annihilans, ac secuturam, si repetatur, impediens.* Est illa vel *naturalis*, quæ fit facto, vel *civilis*, quæ verbis peragitur, ac iterum vel sola interpellatione, vel lite mota, in actum deducitur.

§. 3. Naturalis censetur fieri facto naturæ, ut inundatione *l. 3. §. 17. de A. A. P.* vel hominis usucapientis, e. gr. mortui illatione *l. 30. §. 1. de A. A. P.* vel tertii, ut furto *l. 5. 15. §. 2. de usurp. l. 7. §. 4. pro emtor. vid.* LAUTERB. *C. J. de usurp. lit. C.* sed illa doctrina non satis certa videtur, nam, possessionem naturalem istis modis amitti, satis quidem manifestum est, sed quod præscriptio interrumpatur, id quidem ex dictis textibus non apparet, dicendum potius, quod, sicut amissio possessionis corporalis, non aufert jus recuperandi, ita nec turbet præscriptionem, maxime cum injusta interpellatio ejus, qui rem suam esse dicit, præscriptioni non obsit, ceu mox videbimus. Quod si alia legum Romanarum est sententia, eam ad ineptas tricas referre non dubitem.

§. 4. Facto igitur ejus, cujus interest, præscriptio tantum interrumpi videtur, hoc autem, pro casuum diversitate, diversum est; Si quis in conditione usucapiendi sit constitutus, & dominus rem suam aliquo casu recipiat, usucapio erit interrupta: Per pignorationem, præcipue præscriptio servitutis turbatur *v.* STRUV. *S. J. C. Exerc. 43. §. 27. 28.* si is, qui servitutem habebat constitutam, ejus exercitium omittat, dominus prædii servientis, in possessione libertatis & præscribendi conditione constituitur, sed si ille servitutem denuo exerceat, præscriptio erit interrupta: qui contra servitutem ædificatum destruit,

itidem libertatis præſcriptionem turbavit: Si quis debitorem arreſtari curet, dubio procul præſcriptionem interrupit.

§. 5. Civilis uſurpatio, quæ interpellando, contradicendo vel litem movendo peragitur, itidem præſcriptionem turbat, & ſinguli illi actus ad hoc ſufficiunt, nam affectum conſervandi jus, præſcripturo ſatis oſtendunt, id quod unice hic ſpectandum videtur *v. l. 10. C. de acqu. poſſ.* atque iſta ſententia etiam de jure civili antiquo defendi poteſt, licet alii aliter ſentiant, cujus disquiſitionis hodie nulla eſt utilitas *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obſ. 1040.*

§. 6. De cætero tam naturalis quam civilis Uſurpationis is eſt effectus, ut temporis jam elapſi compendium deſtruat: Secuturam vero præſcriptionem non impedit, ſed hæc, à tempore interruptionis, denuo currit, niſi uſurpatio repetatur, aut mala fides ſuperveniens præſcriptioni futuræ obſtet. iis caſibus, in quibus bona fides eſt neceſſaria. Illud tamen ſingulare eſt, quod, ſi lite mota actor deſiſtat, actio ab hoc tempore, quadraginta annos duret *l. 9. C. de præſcript. 30. vel 40 annor.*

§ 7. Uſurpatio tamen non aliter interrumpit præſcriptionem, quam ſi *juſta* fuerit, id quod ex eventu cognoſcendum, hinc ſi, lite mota, præſcribens condemnetur, uſurpatione jam olim præſcriptio fuit interrupta, ſi vero abſolvatur, injuſta lis ejus juri haud obeſt *v.* STRUV. *S. J C. exerc. 43. §. 29.* Illud quoque facile liquet, interruptionem, cum ſit facti, ab allegante eſſe probandam *v.* CARPZ. *p. 2. C. 3. D. 26.*

§. 8. Tertio præſcriptio aliquando ſiſtitur, quando ſcilicet aliquod tempus ei ita eximitur, ut præcedentium annorum fructus non intercidat, ſed, ſublato impedimento, præſcriptionis curſus continuari ac, ſi aliud impedimentum non ſuperveniat, ad finem perduci queat, quo caſu præſcriptio *quieſcere* ſeu *dormire* dicitur. Contingit illud præcipue ob ætatem pupillarem, quæ olim inceptæ præſcriptioni eximitur, nec non ob bellum *v. c. 10. X. de præſcript. R. J. 1654. §. So viel nun die Capitalien 172.* modo juſtitium, quod vocant, fuerit STRUV. *Exercit. 43. §. 26.* DN. D. PHILIPPI *diſſert.* de præſcript. dormiente *hab. Lipſ. 1690.*

§. 9. Denique quarto completa Præſcriptio quandoque reſcinditur per Reſtitutionem in integrum. Intereſt autem aliquid, utrum præſcriptionem ipſo jure non currere, an completam reſcindi dicas, nam illo caſu, ceſſante impedimento, tota præſcriptio adhuc foret com-

complenda, hinc per totum tempus, v. gr. decennium aut vicennium, eadem impugnari posset: Hoc vero, ubi scilicet stricto jure completa est, intra quadriennium saltem, à tempore cessantis impedimenti, putandum, everti potest. *l. fin. C. de temp. in integr. restit.*

§. 10. Ex quo etiam liquet, effectum hujus discriminis, pertinere solum ad præscriptiones, quæ tempus, quadriennio longius, exigunt; nam si breve spatium v. g. aliquot mensium, anni vel biennii, ad præscriptionem requiratur, tum res eodem recidit, sive, eam hactenus non cucurrisse, sive completam rescindendam esse, dicas, nam intra tempus consvetum, anni, biennii vel simile, illa erit impugnanda, quadriennium vero locum non inveniet, absurdum enim foret, si tempus subsidiarium petendæ restitutionis, ordinario totius præscriptionis tempore, foret longius *add. l. 1. c. 18. §. 14.*

§. 11. Datur autem restitutio contra præscriptionem, ob *justas causas*, quæ arbitrio Imperantis relinquendæ sunt. V. gr. si casu impeditus, jus suum, non utendo, amiserit *v. l. 35. de S. P. R. l. 1. §. 9. de itin. actuque priv.* Inprimis datur ob absentiam; Hæc distingvitur in *fictam*, quando corpore quidem præsens, sed animo absens quis est *v. l. 124. §. 1. de R. J. l. 2. §. 3. de jur. codicill. l. 17. §. 11. de injur. l. 26. de capt. postlim.* & *veram*, quando animo & corpore abest, hæc iterum est vel *ordinaria*, quando quis abest ab eo loco, ubi non habitat, vel *extraordinaria*, qua quis domicilium ad tempus deserit *v. l. 7. C. de incol.*

§. 12. Hæc est vel *necessaria*, quando quis ob causam physicam vel moralem abesse cogitur, vel *voluntaria*, quando quis ultro abest. Utraque est vel *laudabilis*, vel *vituperabilis*, vel *indifferens*. Necessaria laudabilis, est eorum, qui Reipublicæ causa absunt *l. 7. 8. 33. 35. 36. 42. 45. ex quib. caus. major.* Vituperabilis illorum, qui propter delictum absunt *l. 9. pr. l. 26. §. 1. d. t.* Indifferens eorum, qui casu abesse coguntur *l. 2. §. 1. l. 3. 9. 38. §. 1. in fin. eod.* Voluntaria laudabilis censetur esse studiosorum *l. 28. eod. junct. auth.* habita *C. ne fil. pro patr.* vituperabilis, contumaciter absentium *l. 2. §. 8. si quis caut. in jud.* indifferens eorum, qui lucri sui causa absunt *l. 42. ex quib. caus. major. v.* LAUTERB. *C. J. d. t.*

§. 13. His præsuppositis, duplex casus est distingvendus, vel (1.) ab-

abſens contra præſentem præſcripſit, tum, illo reverſo, hic reſtituitur in integrum *l. 1. 21. ex quib. cauſ. major.* & ſufficit quælibet abſentia *d.l. 21. §. 1.* etiam ficta *l. 22. §. fin. eod.* vel laudabilis neceſſaria & voluntaria *l. 29. eod.* nam licet abſentia maxime ſit favorabilis, tamen alii nocere non debet: modo præſens nullam abſentis conveniendi habuerit occaſionem *l. 21. §. 2. 3. l. 22. 39. eod.* alias enim damnum, quod ſentit, ſuæ negligentiæ debet imputare.

§. 14. Novo jure præſentes, coram judice præſcriptionem interpellare poſſunt *l. 2. C. de ann. except.* quo ipſo tamen reſtitutio in integrum non eſt ſublata, ceu aliqui exiſtimant, nam illud remedium pertinet ad præſcriptionem currentem interrumpendam, reſtitutio vero ad completam, reſcindendam, hinc licet hæc neceſſaria non ſit, ſi illo quis fuerit uſus, aliter tamen ſe res habet, ſi quis interpellationem omiſerit, tum enim reſtitutione adhuc opus erit.

§. 15. Vel (2.) *præſens contra abſentem præſcripſit*, hoc caſu abſens reverſus etiam reſtituitur, ſed non indiſtincte: Si abſentia fuerit laudabilis, vel neceſſaria indifferens, reſtitutio habet locum, licet abſens procuratorem, qui præſcriptionem impedire potuiſſet & debuiſſet, reliquerit *l. 15. 26. §. fin. l. 28. pr. ex quib. cauſ. major.* Si vero voluntaria indifferens, vel neceſſaria vituperabilis, tum læſo non aliter ſuccurritur, quam ſi procuratorem relinquere non potuerit, vel à procuratore dato non defendatur, & damnum ab eo non poſſit reſarciri *l. 26. §. 1. l. 36. 42. eod.* Abſentia voluntaria vituperabilis, pœnam magis quam auxilium meretur *l. 2. §. 8. ſi quis caution. in judic.* quæ omnia ex æquitatis principiis reſultare, manifeſtum eſt.

§. 16. Datur autem læſo & hæredibus *l. 35. §. 6. ex quib. cauſ. major. l. fin. C. eod. l. 1. C. de reſtit. mil.* reſtitutio in integrum, intra quadriennium, à tempore ſublati impedimenti & acquiſitæ ſcientiæ computandum *l. fin. C. de temp. in integr. reſtit.* De cætero obtinetur illa vel *exceptione*, ſi forte læſus rei, ſtricto jure uſucaptæ, poſſeſſionem ſine vitio nactus ſit, tum enim vindicantem repellit *l. 28. §. 5. ex quib. cauſ. major.* ac, ob poſſeſſionem illam, etiam actionem perpetuam acquirit *l. 31. eod.* vel *actione*, dum ſcilicet rem ſuam vindicat vel debitum exigit, ac oppoſitam Præſcriptionis exceptionem, replicatione abſentiæ elidit.

§. 17. Eſt

§. 17. Est autem ipsa vetus actio, vel realis vel personalis, quæ stricto quidem jure extincta est, sed, ex dispensatione, intra quadriennium adhuc moveri potest, quæ etiam, in casibus habilibus, fructus exigit *l. 23. §. 2. l. 28. §. fin. ex quib. caus. maj.* Romani novum actioni illi dederunt nomen, ut *Restitutoria* vel *Rescissoria* audiat *d. l. 28. §. fin. l. 24. C. de R. V.* quod nomen non tantum hodie non est necessarium, sed & rectius negligitur quam retinetur, cum antiquam fori Romani superstitionem aut corruptionem redoleat, ac imperitis vel incautis errandi causam suppeditet.

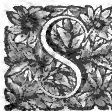
§. 18. Quodsi nulla justa causa adsit, restitutio merito negatur *v. l. 16. 44. ex quib. caus. major.* Ob solam quoque ignorantiam, jure civili, illa non conceditur *l. f. C. de præscript. long. temp. l. 3. in fin. l. 4. C. de præscript. 30. vel 40. annor.* in praxi tamen, ob ignorantiam jurejurando confirmatam, restitutionem dari volunt *v.* GAIL 2. *O. 19.* STRYK *in not. ad* LAUTERB. *ex quib. caus. major. ad pag. 86.* sed in Saxonia Electorali prior sententia obtinet *p. 2. C. 9. ibique* CARPZ. Si alicubi, ex hac causa, restitutio locum habeat, tum itidem *exceptione* vel *actione*, imo aliquando, securitatis gratia, *prævia quadam imploratione*, eadem obtineri poterit.

CAPUT XI.
DE PROBATIONE.

SUMMARIA.

Probationis necessitas §. 1.
Indoles §. 2. Divisio §. 3.
Indicia naturalia §. 4.
Et arbitraria §. 5. 6.
Notorietas est genuinæ probationis præsentia §. 7. 8.
Divisio probationis ab effectu §. 9.
Probationem requirit jus tam divinum quam humanum §. 10.
Probationis materia §. 11.
Pro ejus diversitate, diversum judicis est officium §. 12. 13.
Præsumtionis natura & diversitas §. 14. 15. 16.
Fundamentum §. 17. Et Effectus §. 18.

§. 1.



SÆpe jus ex facto dependet, adeoque, nisi de hoc constet, inane est, cum vero facti veritas, neque ex alterius affirmatione, neque negatione, æstimanda, sed legitimis potius mediis ostendenda sit, hinc, maximam Probationis, in vita civili, esse necessitatem & utilitatem, satis liquet. Postquam igitur præcipua facta, ex quibus

quibus jus naſcitur, hactenus in genere conſideravimus, non incongrue Probationis materia ſubjicietur, inprimis cum & illa, per varios Juris articulos, ſe diffundat, adeoque tractatio ejus generalis mature inſtituenda ſit.

§. 2. Probatio eſt *Actus, quo rei dubiæ veritas, juxta rationem & leges, oſtenditur.* Sumitur igitur hic probatio generaliter, tam pro *actu judiciali*, quam *extrajudiciali*, qui forte amicabilem partium compoſitionem antecedit. Porro *veritas per illum eſt oſtendenda*, non præciſe *judici*, ceu vulgo ex *l 12. in fin. de probat. l. 3. §. 1. 2. de teſtib.* contendunt *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obſ. 709.* Denique probatio, juxta *rationem & leges fieri debet.* In diſciplinis, veritas ab objecto ſuo & Ratione dependet, ſed in vita civili, quoad res agendas, iſta ſæpe non ſufficiunt, hinc lex amplius definit, quid pro vero habendum ſit nec ne.

§. 3. Solet diſtingvi Probatio (1.) à *modo*, in *artificialem*, quæ ratiocinatione, & *inartificialem*, quæ teſtibus, inſtrumentis vel jurejurando peragitur. Sed plenius, juxta reſpectum allatum, diviſio ſic adornari poteſt: Probatio fit vel *revelatione divina*, quando Deus ſpecialiter promiſit, ſe, adhibito certo aliquo medio, veritatem, in re dubia, eſſe oſtenſurum. Quodſi promiſſionem illam ſeponas, tum hoc probandi genus illicitum eſt, cum revelatio divina non adſit, ſed irreverens & ſtulta ſuperſtitio eam adeſſe mentiatur, interim divinatoriæ illæ probationes per duellum, ferrum candens & aquam, olim ſuperſtitioſis ſeculis *v.* LEHM. *Chr. Spir. l. 5. c. 4. 14.* valde fuerunt uſitatæ, vel *indiciis humanis*, quæ ſunt vel *naturalia*, vel *arbitraria.*

§. 4. Naturalia indicia ſunt, vel res ipſa, quæ ſe utique indicat, vel aliæ circumſtantiæ, quæ illi cohærent. Arbitraria vero, quæ extrinſecus accedunt, ac rei veritate teſtantur. Ex indiciis naturalibus oritur *probatio artificialis*, ad quam adeo etiam pertinet probatio per *evidentiam facti v.* MASCARD. *de probat. V. 1. qu. 8.* per *communem opinionem*, hic enim per compendium quaſi ratiocinamur, ſæpe tamen minus valide, per *cruentationem cadaveris. v.* CLASEN *ad Nemeſ. Carol. art. 33. n. 3.* hæc tamen ſæpe in probationem divinatoriam adeoque illicitam degenerat. Uti autem Probatio artificialis, à diverſitate argumentorum, diverſa eſt, ita ſi ejus formam ſpectes, in genere, *Præſumtio, Conjectura* vel *Ratiocinatio* recte dici poterit.

§. 5. Ex

§. 5. Ex arbitrariis indiciis exiſtit *Probatio inartificialis*, quæ ſummatim fit vel *confeſſione ejus, de cujus præjudicio agitur*, vel *teſtimonio aliorum*. Sed hæc duplex probandi ratio, in varias formas, ſe iterum componit, ex quo plures ſpecies, præcedentibus ſubordinandæ, oriuntur. Nimirum *teſtimonium proprium* vel oretenus & nude redditur, unde eſt *Confeſſio*, vel jurato, hinc *probatio per juramentum aſſertorium*, vel in ſcriptis, inde exiſtit *probatio per inſtrumenta*, quæ tamen aliquando ad ſecundam claſſem pertinet, aut etiam mixta eſt, vel adhibitis cruciatibus, unde *probatio per torturam*.

§. 6. Porro *teſtimonium aliorum*, vel olim ſignis quibusdam velut alligatum eſt, unde oritur *probatio per lapides, arbores, ſimiliaque ſigna*, vel in ſcriptis redditur, hinc *probatio per inſtrumenta* ſeu *documenta literaria*, vel indefinite & quodammodo confuſe fit, ex quo *probatio per famam*, vel à perſonis ad hoc requiſitis præſtatur, hinc *probatio per teſtes*.

§. 7. Peculiaris autem probationis ſpecies non eſt *Notorietas*, ſed hæc potius notat *rem certam & evidentem*, ac *præſentiam genuinæ probationis cujuscunque ſive artificialis ſive inartificialis*, hinc *notorium* nihil aliud eſt, quam *res, cujus veritas, per comitantem quandam probationem, oſtenditur*. Sicut ergo dubium probari debet, quia probatio hactenus deeſt, ita notorium, probandum non eſt, quia probatio illud comitatur. Nihil ergo pro notorio haberi debet, niſi quod legitima probatione ſtipatur ab eaque ſuſtinetur, id quod circumſpecte judicandum.

§. 8. Nam aliquando tale quid allegari poteſt, quod rei probandæ non ſufficit v. gr. ſi dicas, notorium eſſe, quod Cajus ſit eruditus, cum Doctoris gradu ſit donatus. Aliquando id, quod adducitur, rei probandæ quidem ſufficit, ſi in ſe ſpectetur, ſed de applicatione ad certam perſonam non conſtat v. gr. ſi contendas, hunc vel illum maritum notorie eſſe adulterum, cum plures alat concubinas, nam illud quidem certum eſt, quod maritus cum concubinis rem habens, ſit adulter, an vero hic aut ille maritus hoc faciat, id non ſtatim eſt liquidum *v. l. 1. §. 12. de O. & A. c. 15. ſeqq. Cauſ. 2. qu. 1.* Alias in explicatione Notorii, mirum in modum tricantur, ceu liquet ex SCHWINDII *diſſert. de* Notorio *hab. Argentor. 1653.*

§. 9. Deinde distingvitur Probatio (2.) ab *Effectu* in *Plenam*, quæ tantam facit fidem, quanta ad causæ decisionem est necessaria *v. l. 83. de condit. & dem.* & *Minus plenam*, quæ plenam non facit fidem, sed alio adhuc indiget adminiculo: Hæc iterum est vel *Semiplenâ major* v. gr. si duo testes deponant, quorum alter omni exceptione major, alter non, vel *Semiplena* v. gr. si unus testis omni exceptione major fidem faciat, vel *Semiplenâ minor*, v. gr. si unus testis, non major omni exceptione, aliquid afferat *v.* CARPZ. *p. 1. C. 23. D. 4.* Duas priores species perficit Jusjurandum suppletorium, ultimam elidit purgatorium *v.* LAUTERB. *C. J. de probat.* id quod ipsa æquitas suggerit *add.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 710. 711.*

§. 10. Probationem requirit jus *l. 4. C. de edend. l. 2. C. de probat.* non tantum Romanum, sed & naturale, ab eo, qui aliquid affirmat *l. 2. de probat.* actore *l. 21. eod. l. 10. C. de test.* & reo *l. 19. ff. l. 1. C. de probat.* aut ab eo, contra quem est præsumtio *l. 16. C. eod.* is vero qui simpliciter & indeterminate negat, probare nequit *l. 23. C. eod.* LAUTERB. *d. l. lit. C. O.* quæ omnia ex generalibus æquitatis principiis resultant *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 712. 714.*

§. 11. Omne illud probandum est, quod comitante aliqua probatione non sustinetur, seu notorium non est. Tale quid regulariter est *factum l. 16. C. de probat.* quod adeo cum omnibus circumstantiis, ad rem pertinentibus, probari debet *v. l. 10. 21. C. de probat. l. 9. C. de R. V.* CARPZ. *p. 2. C. 11. D. 32. n. 4.* Sed *lex* regulariter probanda non est, cum sit nota *v. l. 2. de jur. & fact. ignor.* Sicut tamen id, quod legis applicatio prærequirit, ac in facto consistit, ostendi debet, ita aliquando ipsius etiam legis, si hactenus incognita fuerit, vel *existentia*, vel *sensus*, probanda sunt *l. 5. de probat. add.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 713.*

§. 12. Sicut in casu *probationis imperfectæ*, judex, ex præscripto juris naturalis, de ea supplenda vel elidenda, debet esse sollicitus *v. §. 9.* ita in casu *probationis perfectæ*, reum condemnare, *nullius*, absolvere, eodem jure jubetur, quod confirmavit jus positivum *l. 4. C. de edend. c. 36. X. de jurejur.* & absolvendus quidem est reus, licet ipse nihil probaverit, aut probaturus in probatione defecerit, modo de actoris jure inde non constet *v.* STRUV. *S. J. C. Exerc. 28. §. 13.* nam probatio Rei, probationem actoris saltem debet elidere, hic ergo si nihil afferat, nihil quoque elidendum est *add.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 716.*

§. 13. Ali-

§. 13. Aliquando etiam imperfecta probatio, ad causæ decisionem, sufficere existimatur, nempe (1.) in causis difficilis probationis, e. gr. antiquis, occultis aut in animo consistentibus, modo civilis non criminalis quæstio vertatur (2.) defensione reorum (3.) causis summariis *v.* STRUV. *d. l.* §. *11.* Circa quod in genere observandum, facilius posse admitti probationem imperfectam, ad elidenda argumenta opposita, quam intentionem positive probandam.

§. 14. Postea in specie, de probatione artificiali seu *Præsumtione* quædam dicenda sunt. Est nihil aliud, quam *probatio ratiocinatione seu argumentis facta.* Vulgo argumenta probabilia ad eam saltem requirunt *v.* STRUV. *d. l.* §. *15.* sed licet illa plerumque occurrant, nulla tamen apparet ratio, quare certa, plane excludenda sint *v. l. 6. de his qui sui vel alien. jur.* Est autem Præsumtio vel *simplex*, quæ communi ratiocinatione absolvitur, vel *lege munita*, quando lex ratiocinationem ita confirmat, ut contrarium probare non liceat.

§. 15. Prior vulgo distingvitur in Præsumtionem *juris*, quando lex vel Legislator ratiocinando aliquid asserit *v. c. 2. X. de præsumt.* & *hominis*, quando judex ex circumstantiis, quid verum videatur, ostendit *v. l. 2. §. 1. de pact. l. 8. 9. 14. de probat. l. 18. de adim. & transf. leg.* donec ab eo, contra quem est præsumtio, contrarium ostendatur *l. 3. 9. 25. de probat. v.* STRUV. *d. l.* §. 16. 17. Cæterum vix operæ pretium est, ista discernere, nam præsumtio eodem modo se habet, sive eam Legislator, sive judex, sive privatus instituat, & nihil vetat, quo minus triplex illa præsumtio in eodem objecto concurrat.

§. 16. Posterior vulgo dicitur Præsumtio *juris & de jure*, in qua Legislator, & hominem privatum & Legislatorem simul agit *v. l. 25. de stat. hom. l. 1. §. fin. l. 3. de agnosc. lib. l. 34. C. de adult. Nov. 117. c. 15. authent.* si quis *C. de adult. c. 12. X. de præsumt. c. 30. X. de sponsal.* sicut autem utile est, ut, præscindendis litibus, præsumtioni autoritas quandoque addatur, ita sanctiones illæ eousque extendi non possunt, ut legibus divinis repugnent, hinc in criminalibus, præsumtiones juris & de jure, locum habere non posse, ac in specie, præsumtionis, de qua in *d. l. 34. C. de adult. Nov. 117. c. 15.* nullum hodie esse debere usum, arbitror.

§. 17. Præsumtionum summa regula est: *attendere circumstantias ac inde formare conjecturam*, hinc naturalia regulariter præsumuntur:

Ii 2 res

res præſumitur in eodem ſtatu: præſumtio debet fieri in meliorem partem *l. 51. pro ſoc.* attamen ſemel malus, ſemper præſumitur eſſe malus *c. 8. de R. J. in 6.* & ſi quæ aliæ ejus generis regulæ ſpeciales occurrunt, quæ nec ſemper, nec omni reſpectu obtinent.

§. 18. Præſumtio juris & de jure, ſemper vera eſſe cenſetur, niſi contrarium ſit notorium, vel aliud confiteatur reus, ſcilicet contra ſe vel in ſui præjudicium, quibus adderem ex *§. 16. h.* vel præſumtio repugnet juri divino. Præſumtiones autem ſimplices ſeu Juris, tamdiu veræ ſunt, donec probetur contrarium *v.* CARPZ. *p. 2. C. 2. D. 8.* LAUTERB. *C. J. de probat. add.* OBSERV. LAUTER. *Obſ. 717.*

CAPUT XII.

DE CONFESSIONE ET FIDE INSTRUMENTORUM.

SUMMARIA.

§. 1.



Ingulas Probationum ſpecies, *c. præc. §. 3. ſeqq.* deſignatas, perſequi, opus non eſt. Probationis divinatoriæ nullus eſt uſus; Probatio vero per evidentiam facti, communem opinionem, cruentationem, lapides ſimiliaque ſigna, nec non per famam, ſeorſim expendenda haud videtur, ſed ſufficit, ſi ejus uſus hinc inde, in materiis ſpecialibus, inculcetur: Probatio per juramentum, incidit in locum generalem de jurejurando: De probatione per torturam, in proceſſu criminali dicendum erit, hinc ſupereſt ſaltem probatio per confeſſionem, inſtrumenta & teſtes, illam & iſtam hoc, hanc ſequenti capite conſiderabimus.

§. 2. Con-

§. 2. Confessio est *propriæ obligationis agnitio & assertio.* Est vel *expressa*, quæ fit verbis & literis, vel *tacita*, quæ ex facto colligitur, ubi æquitas exigit, ne temere, ex quovis facto, confessionem adstruamus, circa quod leges Romanæ, ultra modum, nonnunquam fuerunt rigidæ, *v. l. 4. §. fin. l. 5. de his qui notant. infam.* fuga quem suspectum quidem, sed non confessum facit *v.* CARPZ. *Pr. Crim. qu. 120. n. 60. seqq.*

§. 3. Alias intuitu *objecti*, confessio est vel *civilis* vel *criminalis*, & utraque *judicialis* aut *extrajudicialis.* Civilis & judicialis, quæ fit in jure, aut hodie, ante litem contestatam, non tantum habet vim probationis sed & sententiæ, & talis confessus habetur pro judicato, in eumque executio decernitur *l. 21. de judic. l. 6. §. fin. de confess.* si vero fiat post litem contestatam, tum est instar probationis, eamque debet sequi judicis sententia *l. 74. de judic.* Si ex æquo & bono lites tractarentur, de illo discrimine non valde esset laborandum, sed, ex regulis processus usitati, illud utique observandum est *v.* OBSERV. LAUTERB. *Observ. 1050. 1053.*

§. 4. Quo vero confessio vim vel probationis, vel sententiæ habeat, requiritur, ut confessa sit (1.) *persona habilis l. 6. §. 5. de confess.* (2.) *certum aliquid*, nam alias plenum sensum confessio non habet *l. 6. pr. eod.* (3.) ex *liquida scientia*, errans hodie indistincte excusari videtur *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 1049. 1052.* (4.) *coram competente judice*, nam alias evanescit confessio, aut si per aliam probationem sustineatur, tum non ab illa, sed hac, causæ decisio dependet (5.) *præsente adversario l. 6. §. 3. de confess. v.* LAUTERB. *C. J. de confess.* sed hoc ultimum hodie non requiri videtur *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 1051.*

§. 5. Confessio civilis extrajudicialis, semiplene probare censetur, nisi sit geminata, aut à parte altera acceptata, tum enim plenam facit fidem *v.* CARPZ. *p. 1. C. 16. D. 21.* quæ inanis, ac nullius usus doctrina est. Rectius dicitur, quod confessio illa plene probet, modo (1.) persona habilis (2.) ex certa scientia (3.) certum quid confessa sit, per ea quæ *§. præc.* diximus, ac (4.) de illa confessione constet, vel ex confitentis repetitione, vel ex scriptura habili *l. 26. deposit. l. 25. §. fin. de probat. c. 14. X. de fid. instrum.* vel per testes *l. 13. C. de non num. pec. Nov. 90. c. 2. l. 15. C. de fid. instrum.*

§. 6. Et licet hoc ultimo casu, non à confessione, sed testibus,

 pro-

probatio dependere videatur, ceu etiam §. *præc.* dictum, attamen confessio quoque in eam suo modo influit, dummodo enim testes de confessione deponant, licet debiti ipsius nullam alias habeant scientiam, probatio tamen valida est. Illud quoque requirunt, ut (5.) confessio, à præsente adversario sit acceptata *v.* LAUTERB. *C. J. d.l.* sed confunditur *promissio* & *confessio*, illa quidem acceptationem requirit, sed non hæc.

§. 7. Confessio criminalis extrajudicialis, si scriptura vel testibus probetur, indicium ad torturam facit *v.* CARPZ. *pr. Crim. qu.* 121. *n.* 41. *seqq.* Judicialis vero plene probat, modo, ex certa scientia & sponte fiat, nihilque sit, quod ejus fidem elevet *v. l.* 1. §. 24. *de SCt. Silan. l.* 5. *de custod reor. l.* 1. §. *fin. de quæst.* hinc de corpore delicti constare debet *v.* CARPZ. *qu.* 16. 26. vel, in delictis facti transeuntis, alia insuper indicia requiruntur, in quibus tamen æstimandis, nonnunquam parum recte versantur *v.* CARPZ. *qu.* 108. *n.* 33. Quodsi illa deficiant, ad pœnam ordinariam deveniri nequit, sed confessus vel plane absolvitur, vel arbitrarie punitur CARPZ. *d. qu.* 108. *n.* 27. *seqq. conf. Decis. Saxon.* 91.

§. 8. Instrumentum *v. l.* 1. *ff. l.* 17. *C. de fid. instrum. l.* 5. *C. de probat. l.* 1. *C. de jurejur. propt. calum.* hic est *scriptura, ad rerum gestarum fidem facta,* & notat tum testimonium proprium, tum aliorum. Fides autem vel accipitur pro *aptitudine ostendendi, & suo modo, persuadendi veritatem,* vel pro *opinione, qua quis credit, vel saltem in foro externo credere debet, rem ita se habere, prout eam instrumentum describit* *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs.* 718.

§. 9. Dividitur Instrumentum à *modo conficiendi* & *autoritate* (1.) in *Publicum*, quod à personis publicis confectum, subscriptum aut sigillatum, vel actis publicis insinuatum, aut trium testium subscriptione munitum est *l.* 23. §. 2. *C. ad SCt. Vellej. l.* 11. *C. qui pot. in pign. l. fin. C. de re judic. c.* 2. *X. de fid. instrum.* & *Privatum*, quod à privatis, in usum proprium, confectum est, cujus species sunt *chirographum* tam obligatorium quam liberatorium, *epistola* & *liber Rationum* (2.) in *Originale*, quod de ipso negotio primo confectum est, & *Transsumtum*, quod ex illo describitur, hoc si fiat à privato, dicitur *Copia*, si à Magistratu vel Notario, *Transsumtum originale, authenticum* & *Vidimus* audit *v. c. fin. X. de fid. instrum.* LAUTERB. *C. J. de fid. instrum.*

§. 10. Pu-

§. 10. Publicis Instrumentis accensentur etiam *Instrumenta Notariorum*, quæ distingvuntur in *Protocolla*, quæ continent rei gestæ annotationem, memoriæ causa factam, ut exinde postea instrumenta conficiantur, & *Transsumta* seu *Instrumenta in specie*, quæ ex illis, juxta consvetas solennitates & clausulas, conficiuntur. Hæc autem necessaria esse censentur (1.) invocatio nominis divini (2.) annus Christi (3.) indictio Romana (4.) nomen Imperatoris regentis (5.) tempus speciale (6.) locus (7.) causæ narratio (8.) nomina & cognomina testium (9.) subscriptio & subsignatio Notarii, consveto Notariatus sigillo facta *v. Decis. Saxon.* 20. quæ pluribus recenset LAUTERB. *C. J. de fid. instrum. add.* OBSERV. *719. 720.* si dissonent protocollum & Instrumentum, illi major fides habetur, modo Notarii diligentia & fides non sint suspectæ *v.* CARPZ. *p. 1. C. 17. D. 44.*

§. 11. Instrumenta publica plene probant, adeo ut à Magistratu facta testibus potiora *l. 10. de probat.* à Notario vero confecta, testibus æquivalere judicentur *l. 15. C. de fid. instrum.* sed illa doctrina dubia & nullius usus videtur, hinc potius dicendum, quod utraque probatio, extra casum collisionis, valeat, facta vero collisione, vel neutra probet, vel integra suspectæ præferatur *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 721.* Debent vero instrumenta esse originalia *c. 1. X. de fid. instrum.* vel exempla ex archivo publico desumta *auth.* ad hæc *C. de fid instrum. l. fin. C. de re jud.* CARPZOV. *p. 1. C. 17. D. 38.* BERLICH. *Decis. 100.* præterea rem gestam continere, non ad aliud se referre debent *auth.* si quis *C. de edend.* CARPZOV. *p. 1. C. 17. D. 4.*

§. 12. Causam vero Instrumenta non determinant, hinc de jure civili paratam executionem illa habere non censentur LAUTERB. *C. J. de fid. instrum. lit. E.* sed hoc tamen ex *l. 1. 2. C. de execut. rei judic. l. 9. C. de O. & A. l. un. C. de prohib. sequestr.* ad quas provocare solent, non probatur *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 722.* Hodie in Saxonia, & forte etiam alibi, ex instrumentis liquidis, vel recognitio vel jurato diffessio peti potest, quarum alterutra intercedente, condemnatio vel absolutio sequitur. Imo si instrumentum fuerit gvarentigiatum i. e. à debitore, judicialiter jam recognitum, tum statim ad executionem devenitur *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 723.*

§. 13. Instrumenta privata, pro scribente, nihil probant, quod ex

ex communi ratione patet *v. l. 10. de testib. l. 5. C. de probat.* CARPZ. *p. 1. C. 17. D. 34.* etiamsi contra scribentem, absque protestatione, fuerint producta *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 724.* Excipiuntur tamen libri mercatorum, qui semiplene probant, adeoque juramento suppletorio vel uno teste, omni exceptione majore, confirmari possunt CARPZ. *d. C. 17. D. 35. seqq.* LAUTERB. *C. J. de fid. instrum. lit. E.* Contra scribentem vero fidem faciunt *l. 13. C. de non numer. pecun.* dummodo is ea pro suis agnoscat *v.* CARPZ. *d. C. 17. D. 10. 34.* & caussam debendi illa contineant *l. 26. §. 1. deposit.*

§. 14. Sed ultima illa assertio, rationi & æquitati, in *l. 13. C. de non num. pecun.* quoque agnitæ, oppido conveniens, notabilem, in jure Romano, patitur limitationem, quoad *chirographa, spe futuræ numerationis vel similis præstationis, data*, hæc enim contra scribentem, regulariter intra biennium, à tempore dati chirographi, computandum, non probant, sed scribens vel exceptione non numeratæ pecuniæ, si conveniatur, se defendit, vel chirographum repetit, si is, cui hoc datum, per aliam probationem, debitum non ostendat *l. 14. pr. C. de non num. pec.*

§. 15. Multa vero, circa hanc juris Romani dispositionem, ex HUBERI *in prælect. ad I. de liter. obligat. n. 1.* sententia, *singularem* & *enormem* specialius notanda sunt. Et primo quidem frustra, circa tale chirographum, peculiaris *contractus literalis* asseritur, nimis enim manifestum est, quod illud ad *probationem aliûs negotii* pertineat, ac in eo saltem, à consvetis regulis abeat, quod intra biennium, contra scribentem nihil probet, post biennium vero, vel juxta ordinarias regulas, contra eum tamdiu fidem faciat, donec is contrarium probaverit, vel, ex sententia nonnullorum rigidiori, contra eum excitet præsumtionem juris & de jure, adeo ut ad probationem contrariam plane non admittatur *v.* DISSERT. *de putativ. contract. liter. hab. Lips. 1691.* OBSERV. LAUT. *Obs. 313. seqq.*

§. 16. Deinde observandum, quod nulla illius sanctionis sit *necessitas*, nam nimis dilutum est, quando, ei colorandæ, in *l. 10. C. de non numer. pecun.* dicitur, quod *negantis naturali ratione nulla sit probatio*, nam primo inficiatio ejus, qui numerationem, contra datum chirographum negat, non est *simplex* & *indeterminata*, sed *circumstantiis* lo-

loci & temporis circumscripta adeoque omnino probari potest. Dein esto, quod, facta negatione, alteri probatio incumbat, attamen ille, adversarii sui confessione, seu chirographo, satis probat, ut alia probatio ab eo requirenda non sit.

§. 17. Nulla etiam *æquitate* nititur illa dispositio; Hoc quidem æquum est, ut confessus, contra confessionem suam excipere seque defendere queat, sed ut ille cum privilegio excipere, chirograghi præsumtionem elidere ac, ad novam plane probationem, adversarium adigere possit, id æquitas haud requirit, licet enim quandoque, spe futuræ numerationis, quis confiteatur, se accepisse, quod non accepit, attamen ille casus rarior est, ob quem consvetæ probandi regulæ haud erant turbandæ.

§. 18. Sed nihilominus ita factum est, hinc ex illa dispositione exorta est *querela non numeratæ pecuniæ privilegiata*, qua quis numerationem eo effectu negat, ut, nisi alter aliunde eam probet, ille vincat, & chirographum recipiat. Proponitur illa per modum exceptionis *l. 3. C. de non numer. pecun.* Replicationis contra apocham *l. 14. §. 2. C. eod.* denunciationis *d. l. 14. §. fin.* actionis scilicet condictionis sine causa, vel causa data, causa non secuta *l. 7. C. eod. l. 3. C. de postul. l. 1. §. 1. ff. de condict. sine caus.* potest etiam pignus, vel rei vindicatione, vel actione pignoratitia repeti, ac opposita confessionis exceptio, replicatione dilui *l. 11. §. 2. de pign. act. l. 1. C. de non num. pec.*

§. 19. Conceditur illa querela regulariter omnibus, qui spe futuræ numerationis, vel similis præstationis, se aliquid accepisse confessi sunt, sive illud non acceperint, sive acceperint (nam de hoc hactenus non constat) illorumque hæredibus *l. 8. l. 14. pr. C. de non num. pec.* nec non mandatoribus & fidejussoribus *l. 12. C. eod. l. 15. de fidejuss.* ac aliis concurrentibus confessi creditoribus *l. 15. C. de non num. pecun.* Datur contra creditores & hæredes *l. 8. C. eod.* etiam inter mercatores, ob sanctionis generalitatem *v.* LAUTERB. *C. J de R. C.* verbis: *querela non numeratæ.*

§. 20. Habet locum querela illa privilegiata intuitu mutui *§. un. I. de liter. obligat. §. 2. I. de except.* illique conjuncti pignoris *l. 1. C. de non num. pecun. l. 1. 2. C. si pign. convent. numer. pec. secut. non sit.* Porro ratione dotis *l. 15. C. de non num. pecun. l. 3. C. de dot. caut. non numer.*

apochæ seu quitantiæ *l. 14. §. 2. C. de non num. pecun.* aliorumque negotiorum, in quibus spe futuræ præstationis, quis se aliquid accepisse, confessus est *l. 14. pr. l. 15. C. eod.* hinc v. gr. instrumento emtionis, in quo emtor, sibi rem venditam, esse traditam, confessus est ac pretium promisit, querela illa etiam opponi poterit. Illud etiam nihil refert, sive promissio, confessioni addita, sit simplex sive jurata *l. fin. C. de non num. pecun.*

§. 21. Cessat vero querela privilegiata quoad instrumentum depositi, securitates functionum publicarum, & confessionem dotis acceptæ, à marito, post instrumentum dotale, factam *l. 14. §. 1. C. de non num. pecun.* porro quoad cautiones, causam debiti olim contracti continentes *l. 5. 13. C. eod.* ac inprimis hodie quoad instrumenta liquida, &, in specie, literas cambiales, nam indoles processus executivi, probationem per testes aut delationem juramenti, quam, admissa exceptione privilegiata, actor suscipere cogeretur, non admittit, hinc necessario illa exceptio cessare debet *v.* Observ. Lauterb. *Obs. 318.*

§. 22. Denique illæ cautiones, quæ simplex promissum continent, nec conditionem rei alicujus præstitæ præsupponunt, natura sua, querelam illam, sive privilegiatam, sive non privilegiatam, non admittunt, hinc instrumento donationis, aut transactionis, quæ, sub conditione aliûs rei præstitæ, facta non est, exceptio non numeratæ pecuniæ opponi nequit *l. 11. C. de non numer. pecun.* aliud dicendum arbitror, si transactio conditionem talem præsupponat.

§. 23. Quodsi instituta querela privilegiata, adversarius numerationem non probet, tum confessus, pro casuum diversitate, vel absolvitur, vel vincit, ac cautiones aut apochas datas recipit *l. 1. 3. C. de non num. pec.* Si vero numerationem probaverit per testes aut instrumenta, tum negans in duplum condemnatur *auth.* contra *C. d. t.* quæ pœna hodie cessare videtur, si vero probatio delatione juramenti fiat, tum negans, præter rem principalem, in expensas condemnatur *d. auth.*

§. 24. Elapso biennio, cessat querela privilegiata, & chirographum contra confitentem plene probat *l. 14. pr. §. 3. C. de non num. pecun.* auditur tamen hic, si contrarium probare velit, & quidem vel statim, vel instituta reconventione Carpz. *p. 1. C. 32. D. 66. 67.* Philipp. *Usf.*

Uſ. Pract. l. 3. Eclog. 68. ex aliorum tamen ſententia, ad probationem contrariam plane non admittitur, adeoque chirographum contra eum facit præſumtionem juris & de jure; ſed priorem ſententiam præferendam puto, niſi poſteriorem conſtans fori uſus approbet *v.* DISSERT. *de putativ. contr. liter.* §. 41. *ſeqq.*

§. 25. Apocha Creditoris, poſt 30. dies, plene probat *l. 14. §. 2. C. de non num. pecun.* nec contrarium probaturus creditor poſtea auditur CARPZ. *p. 2. C. 29. D. 19.* ſed ſi mitiorem ſententiam, quoad chirographum obligatorium admittas, nulla apparet ratio, quare, circa liberatorium, contrarium dicendum ſit, hinc Creditorem, ad probationem contrariam, omnino admitterem. Contra minores querela privilegiata non præſcribitur *l. fin. C. in quib. cauſ. in integr. reſtitut. neceſſ. non eſt.* abſentes contra iſtam præſcriptionem in integrum reſtituuntur *l. 1. ex quib. cauſ. major. junct. l. 14. pr. in fin. C. de non num. pecun.* per denunciationem quoque querela illa redditur perpetua *l. 14. § fin. C. d. t.*

§. 26. Agnitio debiti expreſſa vel tacita querelam illam etiam excludit *l. 4. 13. C. de non. numer. pec.* Circa renunciationem vero varie ſentiunt: quidam, quærelæ illi plane non poſſe renunciari, cenſent *v.* PERETZ *ad C. de non num. pecun. n. 19. 20.* alii renunciationem, ex intervallo factam, validam eſſe, ſed in ipſa cautione renunciantem nihil agere arbitrantur, niſi, ut nonnulli putant, juramentum acceſſerit. CARPZ. *p. 1. C. 32. D. 65.* LAUTERB. *C. J. de R. C. in fin.* Uti autem, in hac varietate, conſtans uſus fori potiſſimum erit reſpiciendus, ita, juxta rationes, quamvis renunciationem ſufficere, exiſtimo.

§. 27. In nonnullis regionibus, ut Gallia, Hiſpania & Belgio, ſpecialis juris civilis ſanctio, & hinc orta querela privilegiata, plane non admittitur *v.* FINCKELTH. *Obſ. 119. n. 24. add.* PERETZ *ad C. de non num. pec. num. 7.* Et ſane, cum ſine cauſa, jus Romanum æquitatem naturalem turbaverit, ac imprudenti & iniqua ſanctione, incertitudinem excitaverit, magno incommodo & negotia humana, & Jurisprudentia liberarentur, ſi, ea ſublata, vis inſtrumentorum, ex conſvetis æquitatis regulis, æſtimaretur

§. 28. Sed ut ad inſtrumenta in genere revertamur, infringitur eorum fides, ſi probetur contrarium *c. 10. X. de fid. inſtrum. c. 11. X. de*

probat. l. 14. C. de fid. instrum. dum vel simulatio *t. 1. C. plus val. quod agit.* vel fraus *l. 42. C. de transact.* vel cancellatio, rasio & simile quid ostenditur *l. 24. de probat. c. 3. X. de fid. instrum.* Amisso autem instrumento, jus quidem & causa non perit, si de ea aliunde constet *l. 1. 4. 5. 6. C. de fid. instrum.* compendium tamen brevioris processus, nonnunquam ista amissione intercipitur.

§. 29. Instrumenta censentur esse stricti juris *v.* LAUTERB. *C.J. de fid. instrum. in fin.* vel, prout alii volunt, pro diversitate negotiorum bonæ fidei & stricti juris, late vel stricte interpretanda sunt *v.* EKHOLT *ad ff. de fid. instrum.* §. 7. *n.* 5. sed istis sublestæ fidei assertionibus parum proficimus, dicendum potius, instrumenta sic esse interpretanda, prout consveta ratiocinandi & interpretandi principia id exigunt.

CAPUT XIII.
DE TESTIBUS.

SUMMARIA.

Testium consideratio generalis §. 1.
Ad testandum quivis regulariter præsumitur habilis §. 2. Testes inidonei §. 3.
Quidam in totum testari prohibentur §. 4.
Quidam à certis negotiis repelluntur §. 5. 6. 7. 8. 9. 10. 11. 12.
Inidonei quoque admittuntur, consentiente eo cujus interest §. 13.
De testium inidoneitate epicrisis §. 14.
Regulariter quivis habilis testari tenetur §. 15.
Testes à judice competente citandi & examinandi §. 16.
Testium fides §. 17.
Modus probandi per testes indicatur §. 18.

§. 1.



TEstes sunt *personæ, fidei, de re dubia, faciendæ gratia, legitime examinatæ vel interrogatæ.* Idonei sunt, *qui testes esse possunt;* Omni exceptione majores, *quorum testimonio nihil, quod fidem illorum imminuat, objici potest,* ex quo ultro sequitur, duplicis generis inhabilitatem circa testes occurrere, quidam enim plane ad testimonium ad admittuntur, aliorum vero effata non sunt integræ fidei; de cætero duo summatim hic spectanda (1.) testium habilitas (2) Obligatio *add* OBSERV. LAUTERB. *Obs.* 727.

§. 2. Primum quod attinet, regulariter quivis ad testandum habilis præ-

præsumitur, donec probetur contrarium, & spectatur illa habilitas tempore depositionis & examinationis, nam uti secuta inhabilitas, habilitati præcedenti obesse non potest, ita inhabilitatem, tempus illud forte antecedentem, superveniens habilitas supplere plerumque apta est. Num ergo à regula sit discedendum, ac aliquis pro inhabili habendus, id ex conditione personarum leges æstimant *v. l. 2. 3. de test.*

§. 3. Furiosum igitur, mentecaptum, surdum & mutum nec non infantem, ad dicendum testimonium, esse inhabilem, deficiens rationis usus, aut cogitata exprimendi facultas, facile ostendit. Pubertati vero proximos, esse testes idoneos, sed non omni exceptione majores, probabilirer dicitur *l. 3. §. 5. l. 19. §. 1. l. 3. §. 1. de testib.* regulæ enim est inhærendum, quando de exceptione non satis constat, nam *l. 3. §. 5. de test.* agit de causa criminali; *l. 1. de minor.* ostendit saltem quod pubertati proximi, non sint testes omni exceptione majores; *l. 19. §. 1. de testib. l. 34. §. 2. de jurejur. l. 15. §. 1. de quæst. can. 14. 15. 16. C. 22. qu. 5.* negant solum necessitatem vel obligationem. Potest etiam quis, post pubertatem, testari de iis, quæ impubes vidit & intellexit CARPZ. *p. 1. C. 16. D. 55.* Apud antiquos Germanos, junioribus testibus, cum negotio probando adhiberentur, memoriæ causa, alapa fuit impacta *v.* LEHM. *Chr. Spir. l. 2. c. 29. l. 4. c. 13. p. 242. in addit.*

§. 4. Præterea, ob alias causas, quidam in totum, à testimoniis dicendis, per leges repelluntur, nempe (1.) damnati repetundarum *l. 15. de test.* (2.) propter adulterium *l. 18. eod.* (3.) carmen famosum *l. 21. d. t.* (4.) senatu propter turpitudinem moti *l. 2. de senat.* (5.) banniti; quorum omnium exiguus videtur esse usus (6.) infames infamia juris *c. 54. X. de test.* qui tamen de jure civili admittuntur *l. 1. §. 1. l. 3. §. 5. l. 13. 15. 21. de test.* sed non sunt omni exceptione majores, id quod etiam, de infamibus infamia facti, jure Canonico, dicendum aliqui putant. LAUTERB. *C. J. de test. lit. S.* sed frustra, nam infamia facti, nullum in foro externo habet effectum: Levis notæ macula laborantes, sunt etiam testes integræ fidei CARPZ. *p. 1. C. 16. D. 71.* (7.) Perjuri & homines vilissimæ conditionis LAUTER. *C. J. de test. lit. S. in fin.* quod arbitrio judicis relinquendum *v. l. 3. §. 2. de testib.*

§. 5. Aliqui certo respectu testimonium dicere prohibentur, quod vel *causa majoris momenti*, vel ad *illos pertinere* videatur. Ad primam

mam classem pertinent (1.) Prodigi, qui in testamentis testes esse nequeunt §. *6. I. de testam. ordin.* in cæteris causis sunt suspectæ fidei *l. 11. §. 1. de dol.* (2.) Minores, quoad causas criminales *l. 20. de testib.* CARPZ. *Pr. Crim. qu. 114. n. 40. seqq.* (3.) Fœminæ, quoad testamenta *§. 6. I. de testam. ordin.* & causas feudales *II. f. 32. in fin.* In reliquis causis possunt testari, licet sint criminales *l. 18. de test. l. 20. §. 6. qui testam. facer. poss. c. 33. X. de test.* CARPZ. *d. l. n. 39.* nam *c. 10. X. de V. S. c. 17. C. 33. qu. 5.* ob quæ aliqui dissentiunt, oratorie magis, quam juridice loquuntur, præterea testimonium fœminarum non destruunt, sed solum elevant.

§. 6. Ad secundam classem spectant (1.) *ii, quibus causa est propria.* Equidem quod quis in causa plane propria, non possit testari, id quidem ratio manifeste insinuat *l. 10. ff. l. 10. C. de test. add.* CARPZ. *Pr. Crim. p. 3. qu. 120. n. 50.* Sed latius hoc extenditur, adeo ut causa propria sit, ex qua quis commodum sperat, vel metuit incommodum, *l. 2. §. 1. quand. appell. sit* sed applicatio hujus principii, ad casus speciales, sæpe satis est lubrica.

§. 7. Ex doctrina LAUTERBACHII *C. J. de testib.* à testimonio repelluntur propter *commodum pecuniarium*, hæres in testamento in quo institutus *l. 20. qui testam. fac. poss. §. 10. I. testam. ordin.* venditor in causa evictionis *l. 4. §. 2. 3. de appell.* CARPZOV. *p. 1. C. 16. D. 68.* Socius in causa communi, correus in ea causa, in qua est correus CARPZ. 3. *Resp. 55. 88.* membra universitatis, si causa universitatis ad singulorum utilitatem spectet, CARPZ. *p. 1. C. 16. D. 65.* Contra universitatem, si velint, admittuntur CARPZ. 3. *Rsp. 93.* Debitor vero in causa creditoris, & vice versa, regulariter censetur esse testis idoneus, licet non semper omni exceptione major sit *v.* CARPZ. *p. 1. C. 16. D. 67.*

§. 8. Porro propter *commodum gratiæ*, donator in causa evictionis, donatario accidentis, inidoneus est testis *l. 2. §. 2. seqq. de appellat. l. 54. §. 1. de furt. l. 25. §. 11. de hæred. pet.* ulterius propter *commodum liberationis*, socii criminis testimonium rejicitur *l. 10. C. de test. c. 10. X. eod.* denique ob *commodum honoris, existimationis & laudis*, Advocati & procuratores pro clientibus suis *l. fin. de test. c. fin. de test. in 6.* CARPZ. *p. 1. C. 16. D. 59. l. 3. Resp. 92. n. 7.* tutores pro pupillis, curatores

pro

pro minoribus & fœminis CARPZ. p. C. 16. D. 57. l. 3. Rſp. 91. teſtimonium dicere non poſſunt; item judices & Notarii, quando de juſtitia & valore actus, ab ipſis celebrati quæritur: Sed illi non tam ſunt inhabiles, quam potius non coguntur v. CARPZ. p. 1. C. 16. D. 61. ſeqq. OBSERV. LAUTERB. Obſ. 730.

§. 9. Porro ad ſecundam claſſem referuntur (2.) *ii, qui arcta quadam conjunctione parti alteri connectuntur.* Sic prohibentur liberi & parentes pro ſe & contra ſe teſtimonium dicere *l. 9. ff. l. 6. C. de teſtib.* quod de cæteris etiam aſcendentibus & deſcendentibus aſſerunt *l. 2. C. de in jus voc.* CARPZ. *p. 1. C. 16. D. 48. de uſu arbor. conſang. D. 3. c. 8. §. 9. n. 84.* niſi in ætate probanda *l. 16. de probat.* in cauſa matrimoniali *c. 22. X. de teſtib.* aut ſi veritas aliter haberi nequeat CARPZ. *d. C. 16. D. 49. 50.*

§. 10. Fratres vero cenſentur eſſe teſtes idonei CARPZ. *p. 1. C. 16. D. 53. l. 3. D. 43.* quamvis alii id negent *arg. l. 3. C. de teſt. v.* PERETZ. *ad C. d. t. n. 8. add.* OBSERV. LAUTERB. *Obſ. 731.* In cauſis criminalibus, etiam prior ſententia illos rejicit *can. 1. 12. C. 3. qu. 5. l. fin. C. de probat.* ad defenſionem nihilominus reorum, eos iterum admittit, id quod de cæteris etiam conſangvineis dicendum exiſtimant *v.* CARPZ. *p. 3. qu. 114. n. 28. qu. 115. n. 8.* Ex quo liquet priorem aſſertionem, nullius fere eſſe uſus, raro enim conſangvineus, contra conſangvineum, teſtimonium, in cauſa criminali, dicere cupiet, ut eum velut inhabilem repellere, opus non ſit.

§. 11. Ad eandem claſſem pertinent (3.) *ii, quibus imperari poteſt l. 6. de teſtib.* hinc uxor pro marito teſtari nequit *can. 17. c. 33. qu. 5.* contra maritum eam teſtari poſſe, ſed non cogi, cenſet CARPZOV. *p. 1. C. 16. D. 51.* verum id non ſatis probat. *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obſ. 732.* porro rejiciuntur quoque famuli mercenarii *l. 24. ff. l. 3. C. de teſt.* niſi contra domeſticum teſtentur, vel utrique parti ſint domeſtici e. gr. ſi lis ſit inter conjuges, aut negotium domeſticnm ſit probandum *v.* CARPZOV. *p. 1. C. 16. D. 54. 56.* Denique ſubditi in cauſa dominorum ſuorum ſunt teſtes inidonei, niſi dominus juramentum ipſis remiſerit CARPZ. *d. C. 16. D. 64.*

§. 12. Denique eo referuntur (4.) *inimici l. 17. C. de teſtib.* ſi tamen utrique parti quis ſit inimicus, tum habilis erit teſtis CARPZ. *d. C. 16. D. 56.*

quem-

quemadmodum etiam hoc certum videtur, quod affectata inimicitia aliquem ad testandum non faciat inhabilem, ut si pars altera, quæ testem quendam contra se produci metuit, eum injuria sponte afficiat, eumque postea, ex capite inimicitiæ, repellere velit.

§. 13. Possunt etiam in genere personæ inhabiles testari, si is, cujus interest, consentiat, quod etiam fecisse censetur, si productioni testium inhabilium non contradicat, nam uti, hoc facto, judex eos rejicit *v. l. 4. §. 8. de damn. inf.* CARPZ. 3. *Rsp.* 87. ita post publicata testimonia, contra inhabilitatem excipere nequit, nisi quis probet, se postea demum eam rescivisse, aut, in ipsa productione, exceptiones competentes sibi reservaverit *l. 17. C. de test. c. 31. X. de test.* PERETZ. *ad C. de test. n. 23.* quod ultimum hodie frequentissimum est.

§. 14. De eo etiam vix dubitandum videtur, quin pleraque, quæ de inhabilitate testium dicuntur, corruptionem fori redoleant, ac eo saltem fine introducta sint, ut per disputationes, super testis habilitate institutas, lites protelentur: pleraque enim nimis lubricis nituntur fundamentis, ut satius omnino videatur, omnes testes, nisi evidens aliqua causa, ut tenera ætas, defectus rationis vel similis, eos repellat, admittere, ac postea de valore testimonii lati, expensis accurate omnibus circumstantiis, judicare, quam generaliter ipsis habilitatem abrogare, maxime cum ea, quæ fidem elevant, quovis tempore non sint ejusdem efficaciæ, ac opposito juramento quoque vel excludi vel imminui videantur *add.* OBSERV. LAUTERB. *Obs.* 729.

§. 15. Quodsi quis ad testandum habilis reputetur, tum regulariter quoque ad testimonium dicendum est obligatus, quæ obligatio ex regulis quidem socialitatis dependet, lege civili tamen magis confirmatur; invitus ergo cogitur *l. 16. C. de test. t. t. X. de testib. cog.* quod de clericis quoque dicendum, qui, cum juramento etiam, ad testimonium in causa Laici dicendum, adigi possunt CARPZ. *p. 1. C. 16. D. 69. l. 3. D.* 22. *add.* OBSERV. LAUTERB. *Obs.* 733. 734. exceptis tamen confessionibus CARPZ. *l. 3. D.* 25. Nonnullis testandi necessitas remittitur *v. l. 4. 5. 19. §. 1. de test.* quod ad alios etiam extendunt interpretes *v.* CARPZ. *p. 1. C. 16. D. 51. l. 3. Rsp.* 89. 93. LAUTERB. *C. J. de testib.* sed nonnunquam rationibus non adeo certis.

§. 16. Quo autem per testes veritas ostendatur, opus est ut illi

eo nomine citentur & examinentur, id quod per judicem competentem fieri debere, ex natura societatis & imperii civilis patet *v.* CARPZ. 3. *Resp.* 87. Testis alienæ jurisdictionis à suo judice, ad alterius requisitionem, examinatur, vel ab illo huic, ad examen, sistitur; Quodsi, irrequisito judice proprio, ab incompetente volens examinetur, testimonium integræ erit fidei, sive laicus sive clericus illud dixerit, examinans tamen turbatæ jurisdictionis alienæ reus erit, nisi periculum fuerit in mora aut alia justa causa eum excuset. Illud quoque ex communibus æquitatis & utilitatis regulis liquet, quod testis, vel ad petitionem partis, vel ex officio, à Judice examinari queat *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs.* 728.

§. 17. Duo testes omni exceptione majores, plenam fidem faciunt modo etiam juraverint nam, ob improbitatem humanam, juramentum omnino necessarium videtur, id quod uti ratio communis insinuat, ita legibus positivis magis confirmatur *v. l.* 12. *ff. l.* 9. *C. de testib. l* 15. *C. de fid. instrum.* Unus testis, vel etiam plures, sed non omni exceptione majores, minus plene probant, vel etiam aliquod saltem indicium excitant, hinc judex de aliis eruendæ veritatis mediis, juxta æquitatis & prudentiæ præscriptum, debet esse sollicitus *add.* OBSERV. LAUTERB. *Obs.* 716.

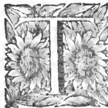
§. 18. Modum probandi, per instrumenta & testes, de quo etiam nonnulla hic inspergere solent interpretes, consulto omittimus, nam uti is potissimum, ex peculiaribus Ordinationibus processualibus, est desumendus, ita, in materia Processus, proponi debet. Tribus interim verbis, intuitu judiciorum Saxonicorum, eum delineavi in OBSERV. LAUTERB. *Obs.* 715. 725. 735.

CAPUT XIV.
DE JUREJURANDO.

SUMMARIA.

Juramenti indoles §. 1.
Differentia & convenientia cum perjurio §. 2.
Invaluit ob hominum improbitatem §. 3.
Qua intentione idem exigatur §. 4.
Ejus causa efficiens §. 5. Subjectum §. 6. 7.
Materia §. 8. 9. Forma §. 10. 11.
Ritus externi §. 14.
Effectus juramenti assertorii §. 15.
Promissorii §. 16. 17.
Interpretatio actuum juratorum ex consvetis principiis fieri debet §. 18.
Juramentū deficit in re impossibili & illicita §. 19.

§. 1.



Tam ad pacta confirmanda, quam probandam veritatem, pertinet Jusjurandum, cujus adeo explicatio in hunc locum utique incidit. Est autem *actus religiosus, quo Dei vindictam in nos deposcimus, si mentiamur aut fallamus, ubi tamen neque mentimur, neque fallimus aut fallendi propositum habemus.* Consistit adeo indoles juramenti (1.) in provocatione vindictæ divinæ (2.) sub conditione mendacii vel perfidiæ facta, ubi tamen (3.) conditio illa seu mendacium & perfidia non adest.

§. 2. Duo priora etiam in perjurio occurrunt, nam & in hoc vindicta Dei, sub conditione mendacii & perfidiæ, provocatur, sed tertium distinguit juramentum à perjurio, nam ibi conditio deficit, adeoque actus licitus & innoxius est, hîc vero adest, & actus est impius ac provocanti summe noxius. Cum igitur & juramentum & perjurium, quoad ipsam vindictæ divinæ provocationem conveniant, eademque formula peragantur, homines vero lateat, utrum conditio mendacii aut perfidiæ adsit, an cesset, ideo illi etiam ignorant, an quis juraverit, an pejeraverit, interim prius tamdiu præsumitur, donec posterius probatum fuerit *add.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 319. 320.*

§. 3. Invaluere juramenta ob improbitatem humanam, cum enim homines mentiri & fallere soleant, ideo, si suspicio aliqua subsit, aliqua remedia deficiant, receptum est, ut, sub conditione mendacii vel perfidiæ, pœnam divinam in se suspecti deposcant, nam uti ista provocatio omnino innoxia est, si mendacium aut perfidia absit, ita è contrario, nemo tam impius & vesanus regulariter præsumitur, ut & delinquere, & Deum delictorum vindicem simul provocare sit ausurus, hinc provocatio ista, habile, & pignerandæ fidei humanæ, & eruendæ veritatis, medium fuit existimata.

§. 4. Ex quo facile etiam liquet, qua intentione provocatio vindictæ divinæ exigatur, eâ scilicet, ut quis eam faciat, si à mendacio & per-

perfidia sit alienus, si vero ejus reus sit, ut tum à provocatione illa abstineat, & id potius, quod res est, fateatur, breviter: *exigitur jusjurandum*, non *perjurium.* Illud quoque patet, provocatione ista homines improbos, quibus conscientia semel occalluit, strenue abuti posse, ad alios decipiendos suaque delicta abscondenda, nam perjurium, dum fit, à juramento discerni nequit, sed hujus vicem in vita civili subit, hinc etiam ab ejusmodi assertionibus religiosis, jura sua suspendere, nimis sæpe est periculosum.

§. 5. Fit juramentum *voluntate vera*, & *seria*, quæ liquidam totius negotii cognitionem præsupponit, proprio motu se ad jurandum determinat, ac indiciis consvetis, verbis scilicet vel literis se exserit; Hæc porro signa, juxta sensum usitatum, non reservationes mentales, esse accipienda, communes æquitatis regulæ ostendunt, juraturus enim ad sensum illum est obligatus, hinc eam obligationem, tacitâ calumniâ, non potest evertere, imo stultum est, vel dicere vel credere, quod cogitationes non expressæ, effectum adeo notabilem in vita civili producere queant.

§. 6. Jurant *personæ habiles*, quæ scilicet negotium & juramenti indolem satis intelligunt, nec mendacio, perfidia aut perjurio sunt suspectæ, nam alias abusus provocationis divinæ, seu jusjurandum inconsideratum aut perjurium sequitur. De cætero quivis præsumitur habilis, donec contrarium ostendatur, possunt adeo etiam ad jusjurandum admitti, pubertati proximi, minores & prodigi *v. l. 26. pr. de jurejur. c. 1. X. de delict. puer. can. 14. 15. C. 22. qu. 5. auth.* Sacramenta *C. si adv. vendit.* sed infantes, furiosi, mente capti & ebrii merito repelluntur, ut & illi, in quibus perjurium metuitur *can. 5. C. 22. qu. 5. add.* LAUTERB. *C. J. de jurejur. lit. S.*

§. 7. Pransus an jejunus juret, nihil refert, sed ultimum decentius censetur *can. 16. C. 22. qu. 5.* Potest etiam quis immediate, vel mediate, per procuratorem, speciale mandatum habentem, jurare *l. 9. §. 6. l. 34. §. 3. l. 42. §. 2. de jurejur. l. 12. §. 4. C. cod. c. f. de juram. calumn. in 6. c. 4. de procur. in 6.* Sed cum animus magis percellatur, si quis immediate juramentum præstare debeat, cum per alium, sæpe sine ullo conscientiæ sensu, eodem defungatur, ideo legibus nonnullis positivis, præsentia personalis merito requiritur *v.* CARPZ. *p. 1. C. 12. D. 49.*

§. 8. Præstatur jusjurandum intuitu *assertionis veræ*, & *promissionis licitæ possibilis & seriæ*, quæ omnia, juxta consvetum sensum, sine æquivocatione & reservatione, intelligenda esse, liquet *v.* §. *5. h.* Ratione ejus, quod asserimus, *veritas*, quam vel scimus, vel, in certis casibus, credimus, ejus vero, quod promittimus, *justitia* i. e. *servandi propositum*, utriusque autem, *judicium* requiritur *c. 26. X. de jurejur.* Quodsi super rebus impossibilibus, vel jure divino illicitis, vindicta divina provocetur, illa provocatio non est juramentum, sed ejus abusus, qui actui invalido valorem non conciliat *v. c. 58. de R. J. in 6. can. 3. 4. 5. 10. C. 22. qu. 2.*

§. 9. Idem est si actui, lege humana prohibito, provocatio illa accedat *v. l. 5. in fin. C. de LL. l. 7. §. 16. de pact. l. 61. de V. O.* nisi forte prohibitio, in illum eventum, à Legislatore sit remissa, tum enim provocatio illa, verum juramentum est, & actum confirmat, id quod jure Canonico regulariter obtinet *c. 28. X. de jurejur. c. 2. de pact. in 6.* Quoad res exiguas reverentius quidem jusjurandum omittitur, si tamen aliquo casu præstandum sit, veritatem & justitiam itidem dubio procul requirit.

§. 10. Jurandum est *per Deum*, nam res, opinione Deitatis destituta, ad dicendam veritatem, sed servandum promissum, neminem movebit. Possunt tamen in juramentis etiam aliæ res, velut *objecta*, in quibus Deus vindictum suam exerceat, nominari *v. l. 3. §. fin. l. 4. 5. 33. 13. §. fin. de jurejur. l. 41. C. de transact. Nov. 8. in fin.* Quodsi quis falsam sectetur religionem, ejus persvasioni, formula provocatoria erit accommodanda, nam alias provocaturus etiam, ad veritatem dicendam vel promissa servanda non permovebitur.

§. 11. De cætero provocatio talis, proprie quidem nec juramentum, nec perjurium est, utriusque tamen effectum habere potest: Si quis enim metu Numinis sui fictitii, in ultionem provocandi aut provocati, verum dicat, aut promissa servet, effectus juramenti veri est obtentus, si vero, spreto Numine falso, mentiatur aut fallat, ille contemtus, etiam ad verum Deum, porrigitur, adeoque pœna perjurii perjuro metuenda est *v. l. 5. §. 1. 3. de jurejur.* Sine scrupulo autem conscientiæ, talis provocatio exigi potest, nam exigens eam considerat ut instrumentum expediendi negotii, quod aliter determinari non poterat.

terat, religionem autem falsam, in qua juraturus perstitisset, sive jurasset, sive non, minime approbat.

§. 12. Uti autem jusjurandum in consulta & reverenti vindictæ divinæ provocatione consistit, ita formulæ provocatoriæ lege humana & consvetudine determinantur. Usitatissima est: *ita me Deus adjuvet, So wahr mir GOtt helffe.* De aliis formulis, ac inprimis de asseveratione loco juramenti facta: *an eydes Statt und beym Worte der ewigen Wahrheit,* disputari solet, num juramentum contineant *v.* CARPZ. *p. 2. C. 16. D. 6.* FINCKELTH. *Obs. 116.* sed tutissimum est, omnibus formulis, quæ intentionem jurandi seriam satis exhibent, eandem vim tribuere, nec, prætextu deficientis cujusdam rei externæ & indifferentis, perjuriis ansam præbere.

§. 13. Illud satis constat, formulam: *bey fürstlichen, gräflichen* vel *adelichen Ehren,* aut, *so wahr ich ein ehrlicher Mann bin,* similesque, juramento non æquipollere *v.* CARPZOV. *p. 2. C. 16. D. 5. C. 36. D. 9.* ut haud probanda foret prosopolepsia, si quem istis formulis defungi patiamur, quando ab eo jusjurandum est præstandum. Formula, à multis in ornamentum sermonis, prava consvetudine, adhiberi solita: *diabolus me abripiat,* itidem juramentum non continet, nam & inconsulta est, & nemo jusjurandum aliquod exposcit, hinc, ad nominis divini abusum, eam pertinere, ac nonnunquam etiam in perjurium fortassis incidere, dicendum est *conf.* LEHM. *Chr. Spir. l. 7. c. 102. in fin.*

§. 14. Ab externa forma, exortum etiam est juramentum corporale & solenne, *ein zierlicher, gelehrter, cörperlicher oder leiblicher eyd,* ad quod non tantum formula *ita me Deus adjuvet,* sed & aliæ solennitates, nempe erectio digitorum in maribus, & manus dextræ, ad sinistrum pectus, impositio, in fœminis, requiruntur, accedentibus etiam nonnunquam aliis, sed non perinde necessariis ritibus *v. 26. X. de jurejur.* RAUCHBAR. *p. 2. qu. 2. n. 88.* LAUTERB. *C. J. de jurejur. l. R.* Apud LEHMANNUM *Chr. Spir. l. 7. c. 23. 46.* fit mentio *des gestabten eydes.* Cæterum uti illa, apud simpliciores, forte alicujus sunt efficaciæ, ita, eadem juramento ipsi nihil addere, manifestum est, ut non satis reverens videatur, quod, ob solennium illorum defectum, nonnulla juramenta negligantur, ac v. gr. ad tollendum SCti Vellejani beneficium, haud sufficere existimentur.

§. 15. Effectus juramenti assertorii est *præsumtio veritatis*, cum enim nemo tam impius credatur, ut & mentiri, & in illum eventum, vindictam divinam in se deposcere sit ausurus, hinc, facta illa provocatione, veritatem dixisse præsumitur. Cæterum cum reperiantur utique homines, qui & delinquere, & Deum delictorum vindicem provocare non dubitent, ideo sæpe perjurium, eundem habet, in vita civili, effectum, quem juramentum, & mendacium perjurio stipatum, pro veritate habendum est.

§. 16. Promissorii autem juramenti effectus est *confirmatio pactorum*, qui enim, in eventum perfidiæ, vindictam divinam provocavit, is, ob metum gravioris pœnæ, eam studiose magis vitaturus, ac fidem datam servaturus præsumitur. Sed & hoc sæpe fallit ac perfidiæ perjurium accessisse, ex postfacto apparet, ut misera omnino sit securitas, quæ solis assertionibus religiosis nititur. De cætero effectus jurisjurandi & perjurii, ad solum jurantem, non ejus hæredem, pertinet, nulla enim transmissionis causa subest, quare si hic pactum violet, non perjurus, sed perfidus est *v.* CARPZ. *p. 2. C. 36. D. 7.*

§. 17. Is quoque promissorii juramenti effectus est, quod *actum, ob concessum pœnitendi facultatem, invalidum confirmet*, animus enim pœnitendi, tam seria provocatione, merito exclusus censetur, modo in altero contrahente dolus absit. Sic donatio inter conjuges, aut quæ quingentos solidos excedit, jurejurando confirmari dicenda est, si rationibus ista res expediri debeat, sed vulgo fluctuant, dum actus prohibitos, cum hujus generis actibus confundunt.

§. 18. De interpretatione actuum juratorum, nihil peculiariter notandum est, licet enim verum sit, quod à pactis juratis dolus & cavillatio abesse debeat, quod illa quandoque late, quandoque stricte sint explicanda, quod tacitas conditiones & restrictiones, ex ipsa re resultantes non respuant, quod ab iis inusitati sensus & reservationes mentales exulare debeant, attamen illa interpretatio, non est effectus jurisjurandi, sed eam potius lex naturalis, tam in juratis quam injuratis pactis, exigit *v.* OBSERV. PUFEND. *Obs. 272. seqq.*

§. 19. Contraria jurisjurandi videntur esse duplicis generis, vel enim *ab initio jusjurandum excluditur, ac in ejus locum, alius actus quandoque substituitur*, vel *legitime interpositum desinit.* Prius contin-

tingit, (1.) si *si super impossibili vel illicita re juretur*, quo casu actus eique apposita provocatio, nec ab initio valet, nec ex postfacto confirmari potest, nisi lex prohibitionem remittat *v.* §. *8. 9. h.* (2.) si *sine judicio, ex ebrietate, furore, prava consvetudine similive causa, provocatio instituatur*, hisce duobus casibus, in locum juramenti subintrat, divini nominis abusus seu temeraria pœnæ divinæ provocatio.

§. 20. Porro (3.) *si errore, dolo vel metu inductus juret*, nam, nec his casibus juramentum valere, verior est sententia, error enim & dolus scientiam & voluntatem plane excludit, adeoque actionem facit invitam, vis autem & metus, voluntatem quidem omnem non tollit, attamen impedit, ne cogenti jus possit acquiri, hinc nec in coacto valida erit obligatio. Illud nihil refert, sive juramentum ipso jure nullum, sive rescindendum dicas, quod discrimen aliqui frustra inculcant *v.* LAUTERB. *C. J. de jurejur. lit. C.* CARPZ. *p. 2. C. 35. D. 3.* nam ejus nullus potest ostendi effectus. De cætero his casibus, loco juramenti, est itidem nominis divini abusus, qui tamen non juranti, sed decipienti & cogenti imputandus est *v.* OBSERV. PUFEND. *Obs. 265. seqq.*

§. 21. Denique (4.) *si mendacium vel perfidia adsit aut sequatur;* hoc casu, loco juramenti, est Perjurium, i. e. *provocatio vindictæ divinæ, sub conditione mendacii aut perfidiæ facta, ubi mendacium aut perfidia adest vel sequitur;* Quoad externa, cum juramento convenit, hinc etiam si quid *asseratur*, homines, dum actus ille peragitur, latet, juramentum an perjurium subsit, si vero *promittatur*, tum indoles actûs est velut in suspenso, eventus autem secutus ostendit, juratum an pejeratum sit.

§. 21. De cætero perjurium omnino tale delictum est, quod pœnis humanis subjaceat, nam contemtus Dei externus recte punitur, præterea perjurium ad lædendos alios pertinet, cujus generis delicta pœnis humanis subesse, tralatitium est. Regulariter autem pœna arbitraria locum habet, aliquando tamen duo digiti pejeranti amputantur *v. Nemes. Carol. art. 107. 108. Constit. Saxon. p. 4. C. 48.* CARPZ. *Pr. Crim. p. 1. qu. 46.* MATH. *de crimin. l. 47. tit. ult. c. 1.* Sed illa pœna cum scopo pœnarum, conciliari non posse videtur, membrorum mutilatio delinquentes non emendat, sed ad bene agendum, ineptos reddit.

§. 23. Il-

§. 23. Illud hac occaſione notandum, quod ſub initium etiam admoneri potuiſſet, juramenti nomen, ſumi aliquando *ſtricte* & *exquiſite*, pro vero juramento, aliquando *late*, pro quavis vindictæ divinæ provocatione, intuitu mendacii aut perfidiæ facta, adeo ut etiam juramenti oppoſita, nempe temerariam inconſultam & illicitam provocationem, nec non perjurium notet, hinc, aliquem *circumſpecte*, vel *imprudenter*, *vere* vel *falſo juraſſe*, dici ſolet, quales locutiones, in primis in lingva noſtra vernacula, uſitatæ ſunt. Provocatio quoque, per falſam religionem facta, in latiori illo ſenſu, juramentum eſt.

§. 24. Secundi generis contraria, videntur tantum, ad promiſſorium juramentum, pertinere. Tale eſt (1.) *defectus cauſæ*, ob quam juratum (2.) *lapſus temporis*, ad quod promiſſio jurata inita (3.) *Remiſſio*, i. e. *obligationis juratæ, à creditore, vel, ob juſtam cauſam, ab Imperante facta relaxatio*. Remiſſio impropria, qua juramentum actui invalido appoſitum, tranquillandæ conſcientiæ timidæ & dubiæ nullum declaratur, huc non pertinet.

§. 25. De Officio Iurantium, ut exactius aliquanto conſtet, obſervandum, quod juramentum duplici modo ſpectari queat, vel, ut *actus hominis erga Deum*, qui reſpectus perpetuus & uniformis eſt, vel, ut *inſtrumentum negotiorum, in vita civili, expediendorum*, quo reſpectu, in varias formas ſpeciales, ſe componere ſolet juramentum. Ad primum, pertinet *Officium generale*, quod præcepta divina de Deo colendo, ac ſpeciatim propria cujusvis religio, dirigunt, ad ſecundum vero, *Officium ſpeciale*, quo quis nonnunquam juramentum præſtare cogitur, quodque ex præceptis ſocialitatis ac philautiæ, nec non legibus humanis dependet.

§. 26. Officium generale eſt (1.) *antecedens*, ubi quæritur, *an jurare ſit licitum*? quod affirmandum, temere tamen, ac ſine juſta cauſa, juramentum neque poſcendum, neque præſtandum (2.) *Concomitans*, nimirum *per Deum jurandum*, cum *reverentia ac pietate ad jusjurandum accedendum*, & inprimis cavendum eſt, ne *ſub ſpecie jurisjurandi pejeremus*. Denique (3.) *Conſequens*, ſcilicet *præſtito juramento*, *miraculum haud eſt expectandum*, *aut alio modo ſuperſtitioni indulgendum*, præterea *quod jurato promiſſum eſt*, *ſervari debet*.

§. 27. Officium ſpeciale circa varias jurisjurandi ſpecies, ſe exſe-

exſerit, ac generale Deumque reſpiciens, ſemper præſupponit. De cætero jus merum naturale, homines reſpiciens, aliquando juramentum deferri vetat, v. gr. purgatorium ei, qui ſuſpectus non eſt; aliquando id præſtari jubet, ut ſi innocens hoc medio liberari queat; aliquando ejus uſum permittit, quo caſu jurandi neceſſitas, conventione vel lege poſitiva introducitur, id quod, circa ſingulas ſpecies, diſtinctius poteſt cognoſci *add.* OBSERV. LAUTERB. *Obſ.321.ſeqq.* OBSERV. PUF. *Obſ.275.*

CAPUT XV.
DE VARIIS JURISJURANDI SPECIEBUS.

SUMMARIA.

Juramenti tres ſunt ſpecies §. 1.
Promiſſorii diviſio §. 2. Exempla §. 3.
Abuſus, ſub pietatis ſpecie, introductus §. 4.
Juramentum aſſertorium eſt triplici generis. Ad primum pertinet juramentum in litem §. 5.
Oritur ex æquitate §. 6.
Uſus juramenti affectionis ſecundum jus Romanum §. 7.
Et mores hodiernos §. 8. Ejus effectus §. 9.
Aliæ ſpecies juramenti aſſertorii §. 10.
Secundi generis exempla §. 11. 12.
Ex tertio genere eſt juramentum litis deciſorium (§. 13.
Voluntarii juramenti indoles §. 14.
Ex principiis conventionum conditionalium tota hæc res judicanda §. 15.
Quod intuitu pœnitentiæ hic ceſſantis §. 16.
Perſonarum & materiæ amplius declaratur §. 17.
Actio ex jurejurando §. 18. Exceptio §. 19.
Juramentum judiciale duplex §. 20.
Defert illud actor & reus §. 21.
Perſonis habilibus §. 22.
In cauſis privati arbitrii §. 23.
Etiam in matrimonialibus, ac aliquo modo, criminalibus §. 24. 25. 26. 27.
Eſt vel veritatis vel credulitatis §. 28.
Illegitime delatum recte recuſatur §. 29.
Non vero legitime delatum §. 30. 31.
Præſtatur immediate & mediate §. 32.
Effectus juramenti præſtiti vel remiſſi §. 33.
Juramentum delatum referri poteſt §. 34.
Quod tamen aliquando ceſſat §. 35.
Juramentum ſuppletorium §. 36.
Defert judex §. 37. Actori & reo §. 38.
Qui illud recuſare nequeunt §. 39. 40.
Purgatorii juramenti & indoles & origo §. 41.
Defertur à judice §. 42. Suſpectis §. 43.
In cauſa civili & criminali §. 44.
Effectus juramenti delati §. 45.
Et præſtiti §. 46. 47. Ejus abuſus §. 48.
Sub juramento mixto continetur juramentum calumniæ §. 49.
Teſtium & paupertatis §. 50.

§. I.

JUsjurandum à *materia* & *fine*, recte diſtingvitur in *Promiſſorium*, quo pacta confirmantur, ac præſtationes inde ſecuturæ, certiores redduntur, *Aſſertorium*, quæ præteritorum veritas eruitur, & *Mixtum*, quo, juxta diverſum reſpe-

ctum, utrumque agitur. De cætero vis ſingularum ſpecierum intelligenda eſt, juxta doctrinam antea propoſitam, quare in ſpecie jusjurandum promiſſorium, non quævis pacta confirmat. Jure Romano nihil civile addere cenſetur, hinc ex pacto nudo non dabitur actio, licet jusjurandum acceſſerit *v.* LAUTERB. *C. J. de jurejur.* Enimvero uti aſſertio ipſa, à veritate non abludit, ita, ei probandæ, non recte allegatur *l. 56. pr. de fidejuſſ.* quæ de pacto erroneo loquitur.

§. 2. Promiſſorium juramentum nonnulli dividunt in *promiſſorium in ſpecie*, quo aliquid, inducendæ obligationis gratia, promittitur *c. 9. X. de jurejur.* & *confirmatorium*, quod actum aliquem ſeparatum præſupponit, illique, confirmandi vinculi cauſa, accedit *l. 1. C. ſi adverſ. vendit. l. 41. C. de transact. c. 28. X. de jurejur. c. 2. de pact. in 6.* LAUTERB. *d. l.* ſed illa diverſitas, introducendo diſcrimini, vix ſufficit: omne potius juramentum, ratione materiæ, promiſſorium, ratione finis, confirmatorium dici poteſt.

§. 3. Variæ autem juramenti promiſſorii ſpecies occurrunt, nam eo poteſt referi Juramentum Imperatoris electi, *Capit.* LEOPOLD. *in fin.* Electorum *A. B. c. 2.* Homagium, Juramentum fidelitatis, pacificationis & confœderationis, protectionis & clientare, judicum & aſſeſſorum *v. l. 14. C. de judic.* aliarumque perſonarum judicialium, tutorum & curatorum nec non quorumvis Officialium, denique juramenta conventionibus privatis addi ſolita, & ſexcenta alia ejus generis exempla *add.* LAUTERB. *d. l.*

§. 4. Qua occaſione notandum, non levem ſubinde juramentorum promiſſoriorum occurrere abuſum, dum, ſub ſpecie pietatis, ad impedienda delicta maxime inolita, illa adhibentur, nam fini in ſe bono, inefficax applicatur medium, adeoque nihil aliud efficitur, quam ut delictis illis addatur perjurium, quod ſane non excluditur, licet delinquentes pœnæ deinceps ſe ſubjiciant, nam vel ſola pœna oſtendit, quod is, qui contra promiſſum & juramentum egit, male egerit, obligatio ſcilicet pura hic ſubeſt, quæ actum prohibitum ſimpliciter omitti vult.

§. 5. Juramentum aſſertorium, videtur ſummatim ſpectare ad lites *æſtimandas, promovendas,* & *decidendas.* Ad primam claſſem pertinet (1.) *Juramentum in litem*, quo rei, dolo vel culpa alterius deperditæ

ditæ aut ſubtractæ pretium, læſus oſtendit, eſtque vel *affectionis*, quando, ob dolum adverſarii, læſus, pro affectu ſuo, rem æſtimat *l. 1. 2. §. 1. l. 8. de in lit. jur. l. 68. de R. V.* vel *veritatis*, quando res, ſecundum communem valorem, æſtimatur *d. l. 2. §. 1. de in lit. jur.*

§. 6. Illud facile liquet, juramenrum hoc ab ipſa æquitate naturali dependere, quatenus ſpectatur ut medium, quo læſo ſatisfiat *l. 8. de in lit. jur. l. 70. de R. V. l. 9. rer. amotar. l. 25. §. 1. ſolut. matrim.* neque etiam is, contra quem juratur, de iniquitate queri poteſt, quod alterius juramento tota res definiatur, cum ſibi imputare debeat, quod ſuo delicto iſti rei occaſionem præbuerit. Illud tamen non minus patet, multa, circa uſum hujus juramenti, utpote medii rationem habentis, definire poſſe legem poſitivam.

§. 7. Juxta jus Romanum juramentum affectionis habet locum in rebus pretium ſingulare recipere aptis *l. 3. de in lit. jur.* ob dolum vel præteritum, quo res peremta eſt, vel præſentem, quo reus, ſententia judicis rem reſtituere juſſus, eam non præſtat, & quidem ſolum in judiciis bonæ fidei directis, nec non arbitrariis: Veritatis autem juramentum obtinet, ſi in dictis judiciis, culpa ſaltem, aut, in judiciis ſtricti juris, & bonæ fidei contrariis, dolus vel culpa intervenerit, *v.* LAUTERB. *C. J. de in lit. jur.*

§. 8. Sed hodie ob contumaciam, qua reus condemnatus rem reſtituere detrectat, juramentum in litem non defertur, verum ſententia lata excutioni datur, nam Romanorum proceſſus antiquus in Germania ceſſat, præterea diſcrimen judiciorum bonæ fidei, arbitrariorum & ſtricti juris, ex veriori ſententia hodie non obſervatur, ſed ob dolum, juramentum affectionis, ob culpam, veritatis obtinet *v.* CARPZ. *p. 1. C. 13. D. 19. & Proc. tit. 12. art. 4. n. 7.* denique cavendum erit, ne ſtulto affectui quid indulgeatur, hinc moderatio judicis, circa affectionis juramentum, inprimis erit admittenda *add.* OBSERV. LAUTERB. *Obſ. 340. 341.*

§. 9. Præſtio autem juramento, & ſoluta quantitate definita, reus liberatur, dominiumque rei, ſi adhuc exſtet, vel in alius translata ſit, ab eo ejusque ſucceſſoribus acquiritur, cum venditio quædam intercedat *v. l. 46. 47. de R. V. l. 8. 9. rer. amot. l. 25. §. 1. ſolut. matrim.* ſed, ante præſtitam æſtimationem, dominium ad lædentem non per-

 tinet

tinet *l. 70. de R. V.* De perjurio etiam non facile quæritur, à determinatione tamen læſi jurata, judex diſcedere poteſt *l. 4. §. 3. l. 5. §. 2. de in lit. jur.*

§. 10. Porro ad primam claſſem ſpectat (1.) *Juramentum Zenonianum*, quo læſus res ablatas determinat *l. 9. C. unde vi c. fin. X. de his quæ vi met. cauſ.* quod itidem ob delictum præcedens, recte adhibetur (3.) *Juramentum expenſarum O. C. p. 1. tit. 66. 67.* Utrumque videtur eſſe ſpecies juramenti in litem, & ultimum, exigui uſus (4.) *Juramentum minorationis*, quo reus damni per ablationem aut expulſionem dati, æſtimationem, ab actore ſine juramento factam, ſi eam nolit præſtare, minuit; quod, juxta æquitatis præſcriptum, introduxit jus Saxonicum *Land. l. 3. art. 47. 51. v.* CARPZ. *Proc. tit. 12. art. 4.* RAUCHBAR. *p. 1. qu. 9.* DN. MYLII *diſſert.* de jurament. minorat. *hab. Lipſ. 1685.*

§. 11. Ad ſecundam claſſem pertinet (1.) *juramentum malitiæ*, quo is, contra quem quædam præſumtiones militant, aſſeverat, ſe id, quod petit, malitioſe non petere *vid.* LAUTERB. *C. J. de jurejur. add.* OBSERV. *324.* (2.) *juramentum dandorum*, quo quis aſſerit, ſe poſitiones, quas obtulit, ſcire vel credere veras (3.) *reſpondendorum*, quo adverſarius aſſerit, quas poſitiones veras aut falſas credat *O. C. p. 1. tit. 69. ſeqq.* (4.) *juramentum perhorreſcentiæ*, quo quis aſſerit, ſe valde timere, ut ab inferiore judice impetret juſtitiæ adminiſtrationem *v. l. un. C. quand. Imper. inter. pupill.* (5.) *Juramentum appellationis*, quo quis jurat, ſe frivole non appellaſſe. Sed quatuor hæc juramenta, revera ſunt ſpecies juramenti malitiæ, ac exiguum in plerisque judiciis habent uſum.

§. 12. Eo porro pertinet (6.) *juramentum paupertatis*, quo quis adſtruit, ſe tantum non poſſidere, ut impenſas judiciales ſolvere poſſit, cui aliquando accedit clauſula promiſſoria, de illis ſolvendis, ſi jurans vincat, vel ad meliorem fortunam perveniat, quo caſu juramentum mixtum eſt *v. O. C. p. 1. tit. 78.* (7.) *juramentum diffeſſionis*, quo quis documenta, quæ adverſarius, probationis gratia, in proceſſu ordinario, produxit, ſi eadem recognoſcere nolit, diffitetur. *v.* CARPZ. *Pr. tit. 12. art. 5. n. 26.* Alterum illud diffeſſionis juramentum, quod in proceſſu executivo obtinet, ad claſſem ſequentem potius ſpectat.

§. 13. Ad tertiam claſſem pertinet, *juramentum litis deciſorium*, quod

quod vocant, quo tota lis deciditur. Defertur autem vel *extra judicium*, vel *in judicio*. Illud vocatur *Voluntarium*, hoc vero est vel *judiciale*, quod Partes sibi invicem deferunt, vel *Necessarium*, quod Judex ipse, ob defectum aliarum probationum, exigit, quodque in *Suppletorium* & *Purgatorium* distingvitur. De singulis breviter agendum erit.

§. 14. Voluntarium jusjurandum nihil aliud est, *quam conditio, sub qua conventio, qua debitum dubium promittitur vel remittitur, celebratur.* Nimirum contingit aliquando, ut duo extra judicium de debito contendant, que res conventioni vel obligatoriæ, vel liberatoriæ ansam præbere potest, dum alter debitum dubium vel promittit vel remittit, sed sub conditione, si adversarius juraverit. Quodsi adeo penitus consentiant, tum oritur conventio, sub conditione jurisjurandi, inita, ex quibus intelligendæ *l. 17. 25. de jurejur.*

§. 15. Tota igitur res, ex principiis conventionum conditionalium, est dijudicanda. Sicut igitur liberum est, conventionem inire & conditionem in se suscipere, vel etiam, à parte altera, conditionem aliquam exigere, ita idem etiam hic obtinet *l. 25. de jurejur.* Quando autem semel, sub conditione præstandi juramenti, conventio inita, tum nec calumniæ juramentum à parte altera exigi, nec principale juramentum ei referri potest, quia pactum, sine hisce clausulis, jam est formatum. Hinc conditio jurisjurandi vel subeunda, vel lucro sperato carendum *v. l. 17. pr. de jurejur. l. 5. C. de O. & A. l. 17. §. 3. commod. l. 3. §. fin. l. 4. seqq. de jurejur.*

§. 16. Porro sicut in conventionibus conditionalibus cessat pœnitentia *v. l. 8. de peric. & commod. rei vend.* ita hic etiam conditio jurisjurandi non potest revocari CARPZ. *p. 1. C. 12. D. 4.* remitti tamen potest *l. 5. §. fin. l. 6. 9. §. 1. l. 41. de jurejur. l. 8. C. eod.* quia aliquis, in sui præjudicium, conditionem pro impleta potest habere *add.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 327. 328.*

§. 17. Circa personas, conventionem sub jurisjurandi conditione, inituras, generalia etiam principia supponenda sunt, hinc illi quoque, qui liberam rerum suarum administrationem non habent, admittuntur, quatenus conditionem suam faciunt meliorem. Quam ob rem Juramentum deferre quidem nequeunt *l. 17. §. 1. l. 35. §. 1. ff.*

 l. 4. C.

l. 4. C. de jurejur. delatum tamen acceptare & præstare possunt *l. 23. seqq. eod.* Materia etiam conventionis ineundæ, debet esse privati arbitrii *l. 3. §. 1. l. 34. pr. de jurejur.* hinc in matrimonialibus affirmative, non negative, conventio iniri & juramentum deferri posse creditur, quod tamen non adeo certum, de quo in materia propria amplius dicendum erit *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 329.*

§. 18. Ex conventione obligatoria, datur actio personalis, quæ dicitur in factum *l. 11. §. 1. l. 29. de jurejur.* qua is, qui juravit rem suam esse, vel sibi deberi, aut cui juramentum remissum est, ejusque hæredes, rem petunt à deferente & hæredibus, in eaque hoc tantum quæritur, an juratum sit *l. 5. §. 2. l. 9. §. 1. l. 11. §. 1. ff. l. 8. C. de jurejur.* Contra tertium autem possessorem, illa effectum non habet *l. 9. §. fin. l. 10. de jurejur.* nam jusjurandum contra illum quidem, qui consensit, plena probatio est, sed non adversus alium, cui consensus alienus obesse non debet.

§. 19. Ex conventione autem liberatoria, datur exceptio jurisjurandi, prout vocatur *§. 4. I. de except.* sed revera est exceptio pacti, sub conditione jurisjurandi, initi *l. 25. de jurejur.* Efficax autem illa est contra deferentem, ejusque successores, etiam singulares *l. 7. 8. 9. de jurejur.* ei vero, qui jure proprio rem petit, non obest *arg. l. 9. §. f. l. 10. l. 11. §. 3. de jurejur.* illud nihil refert, sive actionem, cui exceptio objicitur, ipso jure sublatam dicas, sive neges, nam hoc, ut alibi, ita hic etiam frustra inculcatur. Aliquando juranti datur etiam actio *l. 11. §. 1. de jurejur.* Hodie juramenti voluntarii rarior est usus, licet nihil vetet, quo minus eodem homines, legitimo modo, utantur.

§. 20. Juramentum judiciale est, *quod in ordinario processu, pars parti in judicio, judice comprobante, litis decidendæ causa, defert. l. 12. pr. §. 1. C. de jurejur.* CARPZ. *Pr. tit. 11. art. 2. n. 2.* Ei quodammodo comparari potest *juramentum diffessionis*, quando in *processu executivo*, *reus instrumentum productum recognoscere, vel jurato diffiteri cogitur*, nam & illud, ad decisionem litis pertinet, ac minimum tacite vel implicite, à parte defertur, magis tamen illud pro *legali* haberi solet. De cætero æquitati & religioni consentaneum videtur, ut, ob suspicionem perjurii, actor volens ad probandam instrumenti authentiam, vel debitum aliis mediis ostendendum, admittatur, etsi stricto ju-

jure, illud non obſervetur *v. O. P. S. tit. 25. §. 4. junct. tit. 18. §. 2.* DN. BERGER *in elect. proc. execut. §. 26.*

§. 21. Defert & illud actor & reus, & judex, juxta conſvetum proceſſum, interlocutoriâ delationem confirmat CARPZ. *d. l.* etiam ſi deferens nihil probaverit *l. 35. pr. de jurejur. l. fin. C. de fideic. l. 25. §. 3. de probat. l. 11. §. 1. rer. amot.* nam ipſum jusjurandum, ſpecies probationis eſt *l. 5. §. 2. de jurejur.* hinc quamdiu ei locus eſt, regula *l. 4. C. de edend.* non obtinet. Quando autem deferendum ſit, id non tam ex jure civili, quam ordinationibus proceſſualibus cujusvis judicii, peti debet *v.* CARPZ. *d. tit. 11. art. 1. n. 26.* qua de re, in materia proceſſus, agendum erit.

§. 22. In deferente requiritur libera rerum ſuarum adminiſtratio, & habilitas jurandi, hinc in ſpecie infamis aut perjurus, juramentum judiciale deferre non poſſunt, licet multi diſſentiant *v.* LAUTERB. *C. J. de Jurejur.* verb. *judiciale lit. R.* nam nec poſſunt jurare de calumnia, nec iis poterit jusjurandum referri, impedimentum vero relationis, ex propria deferentis inhabilitate, proveniens, utique delationem impedit *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obſ. 331.* Defertur omnibus, qui aliquem rei controverſæ habent intellectum *l. 20. 26. de jurejur.* non vero iis, qui intentionem ſuam plene probarunt *c. 2. X. de probat.* nam hoc ipſa æquitas prohibet, hinc neque in caſu *l. 14. §. 3. C. de non num. pec.* delatio locum habet.

§. 23. Defertur in omnibus cauſis, quæ ſunt privati arbitrii *l. 3. §. 1. l. 34. pr. de jurejur.* CARPZ. *Pr. tit. 11. art. 1. n. 3. 18.* etiam in cauſis famoſis *l. 9. §. 2. l. 28. §. 4. eod.* CARPZ. *d. l. n. 35.* ut injuriarum *l. 5. §. 8. l. 11. §. 1. de injur. Deciſ. Saxon. 17.* CARPZ. *d. l. n. 41. l. 3. Rſp. 44.* depoſiti *l. 10. C. de jurejur.* CARPZ. *d. art. 1. n. 60.* modo non quæratur de facto alieno *l. 4. de in lit. jur. l. 11. §. 2. rer. amot.* poteſt tamen quoad hoc exigi juramentum credulitatis *v.* CARPZ. *p. 1. C. 12. D. 40. 41. C. 24. D. 1.*

§. 24. In cauſis matrimonialibus affirmative, non negative, poſſe deferri juramentum, vulgo exiſtimant, ſed omnino etiam delatio negative locum habet, de quo in loco proprio, amplius diſpiciemus *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obſ. 332.* In criminalibus, uſum juramenti judicialis quoque negant, quia reus facile pejerabit, actoris vero juramen-

mentum, ad pœnam corporalem non sufficit: Reum tamen interdum, super exceptionibus, in causa criminali, juramentum accusatori deferre posse, aliqui volunt CARPZ. *l.3. Rsp.45.* BERLICH. *p.2. D.297.* *add.* LAUTERB. *d.l. lit.O.*

§. 25. Sed uti posterius lubricis rationibus asseritur, ita doctrina ista, cum rationibus præcedentibus, non cohæret, nam si exceptio respiciat factum Rei v. gr. qualitatem homicidii ab eo commissi, tum ab actoris juramento, imposito pœnæ corporalis, suspenditur contra rationem secundam, si vero respiciat delictum ipsius Actoris, tum is facile pejerabit, ob quod tamen ratio prima juramentum deferri nolebat.

§. 26. Malim igitur distingvere inter delationem *affirmativam* & *negativam*, illa locum non habet, qui æquitati non convenit, ut ob alterius juramentum, alter pœna corporali afficiatur, quodsi vero saltem de pœna pecuniaria quæstio sit, tum nihil illam delationem impedit. Circa hanc vero distingvendum, utrum nulla indicia contra aliquem sint, an vero eorum aliqua reperiantur, illo casu jusjurandum deferri nequit, cum enim quivis præsumatur bonus, minimum hactenus, ut à crimine immunis existimetur, ideo iniquum fuerit, si quis vitæ integritatem juramento approbare debeat; hoc vero jusjurandum recte deferetur tam actori quam reo.

§.27. Nec obest perjurii periculum, cum enim hoc non impediat juramenti purgatorii usum, cur jurisjurandi judicialis delationem impediret? Hodie, ob accusationum raritatem, totius illius disquisitionis exigua est utilitas. In actione tamen injuriarum criminali, aut si in actione civili, incidenter de crimine, v.gr. de usuraria pravitate, quæratur, aliquem usum habere illa potest.

§.28. Modus deferendi duplex est: vel enim res controversa alterius conscientiæ committitur, *es wird einem die Sache ins Gewissen geschoben*, vel ejus conscientiæ, notitiæ & credulitati, *es wird selbige in dessen Gewissen, Wissenschafft und Wohlbewust gestellet* CARPZOV. *p. 1. C. 12. D. 40. 41. O. P. S. tit.18. §.5. ibique* MARTIN. *in comment.* prior modus, in veritatis, posterior, in credulitatis juramento obtinet.

§. 29. Juramentum illegitime delatum, recusari potest, nempe si de-

si deferens recuset jurare de calumnia *l. 37. de jurejur.* semel delatum & revocatum iterum deferatur *l. 11. C. de jurejur.* deferens non habeat potestatem deferendi *l. 35. §. 1. eod.* sub formula improbatæ religionis deferatur *l. 5. §. 3. eod.* factum alienum ignotum, alicujus conscientiæ sit commissum *l. 34. pr. eod. l. 11. §. 2. rerum amot.* aut præstitum juramentum nihil operetur, utpote si res controversa arbitrio privatorum non subsit, qualis, ex communi sententia est causa matrimonialis *v.* CARPZ. *Proc. tit. 11. art. 1. n. 73.* Denique si juramentum, debito tempore, v. gr. in Saxonia ante litem contestatam, non sit delatum CARPZ. *d. l. n. 97.*

§. 30. Legitime autem delatum, recusari nequit, sed recusans habetur pro confesso *l. 34. §. 6. l. 38. ff. l. 9. C. de jurejur.* quodsi tamen appellaverit, causa recusationis discutitur *l. 12. §. 2. C. eod.* Unum ergo ex his, juramento recte delato, faciendum est, vel *conscientia probationibus defendenda*, vel *juramentum suscipiendum ac præstandum*, vel *deferenti referendum*, quo nomine adeo is, cui jusjurandum delatum, intra certum tempus (in Saxonia, intra octiduum, à tempore rei judicatæ computandum *v. O. P. S. tit. 18. §. 9. Decis. Saxon. 18.* CARPZ. *p. 1. C. 12. D. 6. seqq.*) sententiam suam declarare debet, alias itidem pro recusante & confesso habetur.

§. 31. Probatio pro defendenda conscientia, in plerisque, juxta consvetas regulas, peragitur *v.* CARPZ. *Pro. tit. 11. art. 5.* & admittuntur quoque deferentis interrogatoria, sed tantum quoad personas testium, non merita causæ, hæc enim deferens arbitrio alterius plane reliquit *v. Const.* 12. *p.* 1. *Decis. Saxon.* 19. Quodsi quis autem ad jurandum se obtulerit, tum deferens jusjurandum revocare nequit, nisi novæ probationes supervenerint *l.* 11. *C. de jurejur. v. O. P. S. tit.* 18. §. 2. CARPZ. *p.* 1. *C.* 12. *D.* 3. 4. *tit.* 11. *art.* 1. *n.* 135. Ob metum perjurii, revocatio quoque admittenda erit, quod etiam non obstante acceptatione, ac salva rei judicatæ autoritate fieri potest *v.* MEV. *p. 2. D. 93.* utut forte stricto jure illud observari non soleat *v. §. 20. h.* Suscipiens porro illud referre nequit, quia semel alterum elegit, sed in loco judicii, præsente judice & adversario *v. l. 22. in fin. pr. §. 4. C. de jurejur. l. 15. ff. eod.* BERLICH. *p. 1. D. 116.* in termino præfixo, juxta formam, qua delatum est, jurare debet *l. 3. §. fin. de jurejur.* nisi velit pro

confeſſo haberi CARPZ. *tit. 11. art. 3. n. 110.* deferens tamen, ſi hoc petitum ſit, antea de calumnia jurare tenetur *l. 34. §. 4. l. 37. ff. l. 9. C. de jurejur.* CARPZ. *p. 1. C. 12. D. 23. 28.*

§. 32. De jure civili is jurat cui juramentum delatum eſt, principalis & procurator *l. 3. §. fin. l. 34. §. 3. ff. l. 12. pr. §. 4. C. de jurejur.* ſed in foro Saxonico procurator non admittitur CARPZ. *d. C. 12. D. 39.* hinc nec tutor, nomine pupilli, jurare poteſt, ſed ipſe pupillus, ſi velit, jurat, alias juramentum, in tempus pubertatis, differendum eſt CARPZ. *d. C. 12. D. 42. tit. 11. art. 2. n. 14. ſeqq.* Si juraturus ante juramentum moriatur, hoc moribus pro præſtito haberi ſolet CARPZ. *l. 6. Rſp. 120.* quod eo præcipue caſu admittendum erit, ſi moriturus dixerit ſe bona conſcientia jurare poſſe *add.* OBSERV. LAUTERB. *Obſ. 336.*

§. 33. Præſtitum aut remiſſum juramentum eſt plena probatio *l. 11. §. 3. de jurejur.* hinc eam abſolutio vel condemnatio ſequitur *l. 34. §. f. eod.* CARPZ. *tit. 11. art. 7.* à qua non appellatur CARPZ. *p. 1. C. 15. D. 7.* cujus rei is videtur effectus, ut interpoſita appellatio à ſuperiore judice rejiciatur: Neque propter inſtrumenta nova, de perjurio quæritur *l. 1. C. l. 31. ff. de jurejur.* CARPZ. *d. C. 15. D. 3.* niſi forte ſpecialis ratio exceptionem ſvadeat *d. l. 1. fin. C. de jurejur.*

§. 34. Denique is, cui juramentum delatum, id deferenti referri poteſt *l. 34. §. 7. l. 38. de jurejur.* quo caſu referens de calumnia non jurat *d. l. 34. §. 7.* deferens autem, etiam tutor, jurare cogitur CARPZ. *tit. 11. art. 4. n. 30. p. 1. C. 14. D. 12. 13.* ac in Saxonia calumniæ juramentum quoque præſtare ID. *d. C. 14. D. 5.* id quod ratione parum valida nititur *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obſ. 334.* Neque poteſt juramentum referre, quod manifeſtum habet rationem, nec conſcientiam probatione defendere CARPZOV. *d. C. 14. D. 3. 4.* de quo tamen non immerito dubitare licet *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obſ. 335.*

§. 35. Aliquando tamen facultas referendi ceſſat, ſcilicet ſi juramentum, ratione facti proprii, alicui delatum ſit *l. 34. §. 8. de jurejur. l. 11. §. f. l. 12. 13. rer. amotar. c. fin. X. de jurejur.* CARPZ. *p. 1. C. 14. D. 10.* aut facti alieni, cujus minorem deferens habet notitiam, quam adverſarius *d. l. 34. §. 8.* aut ſi in cauſa matrimoniali affirmative, vel à perjuro illud ſit delatum *v.* LAUTERB. *C. J. de jurejur.* ſed hæc duplex poſterior limitatio merito rejicitur *v. §. 22. 24. h.*

§. 36. Ju-

§. 36. Juramentum Suppletorium est, *quod judex, ad supplendam probationem imperfectam, parti defert.* Æquitas hoc jusjurandum requirit, cum, imperfectam probationem repudiare, sit, probantem lædere, ut omnino ineptiant, qui jusjurandum hoc, nulla juris ratione defendi posse arbitrantur, quorum meminit CARPZ. *p.* I. *C.* 23. *D.* I.

§. 37. Defert illud Judex, partibus petentibus vel ex officio *l.* 31. *ff. l.* 3. *C. de jurejur.* CARPZ. *d. C.* 23. *D.* I. 2. *tit.* 12. *art.* 2. *n.* 16. & quidem si semiplene, vel plusquam semiplene probatum sit ID. *d. C.* 23. *D.* 3. *seqq. C.* 17. *D.* 35. Si autem quis intentionem suam plene probaverit, æquitas juramento illum gravari vetat *v. c.* 2. *X. de probat.* si nihil probaverit, eum ad illud admitti prohibet, si minus quam semiplene probatum sit, tum ab adversario purgatorium juramentum potius exigi jubet. Deferendum igitur est, prævia causæ cognitione, vel per interlocutoriam, vel in ipsa definitiva CARPZ. *tit.* 12. *art.* 2. *n.* 14. 15. 43. 44. 53. 72. 93.

§. 38. Defertur actori & reo, uter semiplene probavit CARPZ. *p.* I. *C.* 23. *D.* 6. modo fide dignus sit, & veritatem sciat, nam credulitatis juramentum, à CARPZOVIO licet *d. l. D.* 8. admissum, æquitas hic regulariter rejicit *v.* STRYK *in not. ad* LAUTER. *de jurejur. ad p.* 186. digniores præferuntur indignioribus CARPZ. *d. l. D.* 7. de quo tamen circumspecte judicandum erit. Habet locum hoc jusjurandum in causis civilibus *l.* 3. *C. de jurejur.* in arduis tamen & magnis, ut & matrimonialibus, & criminalibus illud regulariter non obtinet CARPZ. *d. C.* 23. *D.* 10. *J. C. l.* 3. *D.* 46. LAUTERB. *C. J. de jurejur. lit. h.*

§. 39. Delatum juramentum recusari nequit, nisi causa adsit, tum enim appellari potest *l.* 12. *§.* 2. *C. de jurejur.* sine causa recusans habetur pro confessio. Porro etiam non potest referri *c. fin. X. de jurejur.* VINN. *Sel. qu. l.* I. *qu.* 43. Judex quoque illud non potest remittere, bene tamen aliquando revocare, si perjurii periculum appareat & veritas aliis mediis rectius possit erui VINN. *d. l.*

§. 40. Regulariter ergo juramentum est suspiciendum (in Saxonia, intra octiduum CARPZ. *tit.* 12. *art.* 2. *n.* 79. *seqq.*) & præstandum, nec poterit jurare jussus, alias offerre probationes, ceu, cum CARPZOVIO *d. l. n.* 94. existimat LAUTERB. *d. l. lit. E.* sed immerito, cum enim jusjurandum præstitum, propter instrumenta noviter reperta, possit everti *l.* 31. *de jurejur.* cur non etiam præstandum impediri?

Nn 2 *v.* STRYK

v. STRYK *in not. ad* LAUTER. *ad p. 186.* Præstitum juramentum sequitur sententia pro jurante *l. 31. de jurejur.* à qua tamen, intra decendium appellari *arg. l. 12. §. 3. C. de jurejur. l. 11. de appellat.* CARPZ. *p. 1. C. 15. D. 8.* ac, post rem licet judicatam, ex novis instrumentis denuo agi potest, huic enim causæ hactenus præjudicatum non est *v.* OBSERV. LAUTERB. *Observ. 337. 338.*

§. 41. Juramentum purgatorium est, *quo, jubente judice, suspicionibus vel probatione imperfecta gravatus, illud, quod sibi objicitur, falsum esse asseverat, atque ita innocentiam suam vel libertatem ostendit c. fin. in fin. X. de jurejur. c. 8. X. de purgat. Canon.* Originem habet ab ipsa æquitate, si enim aliud eruendæ veritatis medium non suppetat, utique illa jusjurandum hoc adhiberi jubet. Approbatur illa jure civili *l. 6. §. 4. C. d. his qui ad Eccles. confug. auth. novo jure C. de pœn. jud. qui male l. fin. §. 5. C. de jur. dom. impetr. l. fin. §. 10. C. de jur. delib.* Canonico *t. t. de purgat. Canon. tot. caus. 2. qu. 5.* & Germanico *O. C. p. 2. tit. 10. declarat. pac. publ. 1548. tit. 14. 15.*

§. 42. Defert illud judex, etiam ex officio *l. 6. §. 4. C. de his qui ad Eccles. confug. c. 8. 10. 15. in fin. X. de purgat. canon.* CARPZOV. *tit. 12. art. 3. n. 1. seqq. p. 1. C. 22. D. 15.* modo aliæ probationes deficiant, suspiciones autem aliquem gravent, ob quas tamen, pro casuum diversitate, nec suppletorio juramento, nec torturæ locus sit CARPZ. *d. l.* Quodsi nulla indicia contra aliquem militent, vel excitata iterum sint elisa, tum æquitas juramentum deferri prohibet CARPZ. *d. c. 22. D. 1. tit. art. 3. n. 8. 40.* hinc stuprum confesso, ratione promissi matrimonii, illud deferri nequit, deficientibus aliis indiciis CARPZ. *l. 3. D. 47. Decis. Saxon. 81.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 325.*

§. 43. Injungitur gravato suspicionibus, ut plurimum reo *d. ll.* interdum actori, ratione scilicet exceptionis ei oppositæ *v.* CARPZ. *l. 3. D. 46. n. 15.* MART. *ad. O. P. S. tit. 32. n. 24.* etiam personis moralibus compositis *O. C. p. 2. tit. 10. §. 1.* masculis & fœminis, quorum illi, si causa communis sit, ex consvetudine, prius jurant CARPZ. *p. 1. C. 22. D. 18.* perjurio autem suspectis illud deferendum non est CARPZ. *Pr. Crim. p. 3. qu. 116. n. 61.*

§. 44. Defertur in causa civili *l. 6. §. 4. C. de his qui ad Eccles. confug. l. fin. §. 5. C. de jur. dom. impetr.* CARPZ. *p. 1. C. 22. D. 13.* quan-

quando scilicet adversarius ne quidem semiplene probavit, aut aliquando etiam semiplene, sed factum, ejus intuitu, est alienum, illius vero, contra quem probatio suscepta, proprium, tum enim huic potius injungendum purgatorium veritatis, quam illi, suppletorium credulitatis *v.* BERGER *in resolut. ad.* LAUTERB. *de probat.* Porrro defertur in causa matrimoniali *c. 10. X. de despons. impub.* CARPZ. *l. 3. D. 48.* & criminali *c. 8. 12. 15. Caus. 2. qu. 5. c. 1. 6. X. de purgat. Can.* CARPZ. *p. 3. qu. 116. n. 58.* vid. *O. C. p. 2. tit. 10. c. 5. X. de adult. c. 24. 25. Caus. 2. qu. 5. c. 8. X. de purgat. Canon.* CARPZ. *p. 1. C. 22. D. 2. seqq.*

§. 45. Delatum est præstandum regulariter in loco publico, coram judice, adversario præsente, ita ut nec referri possit, nec ejus nomine, juramentum calumniæ exigi CARPZ. *tit. 12. art. 3. n. 58. 65. p. 3. qu. 116. n. 72.* cum enim juraturus indiciis gravetur, de iniquitate queri non potest, quod, his conditionibus, jurare debeat. Recusans pro confesso habetur *c. 10. in fin. c. 15. X. de purgat. canon. O. C. p. 2. tit. 10. §. 2.* CARPZ. *tit. 12. art. 3. n. 46. p. 3. qu. 116. n. 80.* etiam in delictis gravioribus, licet hoc casu recusantem torturæ subjiciendum esse censeat ID. *d. l. n. 81.* Innocentiam tamen probaturus aliis mediis, audiendus est *O. C. d. p. 2. tit. 10. §. 2.* CARPZ. *p. 3. qu. 116. n. 64. p. 1. C. 22. D. 16.*

§. 46. Præstito hoc jurejurando, jurans absolvitur definitive *c. 8. X. de purgat. Canon. c. 7. 8. caus. 2. qu. 5.* etiam quoad expensas CARPZ. *p. 1. C. 22. D. 17. tit. 12. art. 3. n. 49.* ut nempe eas alteri refundere non teneatur, nisi sua culpa suspicioni causam dederit, quod in inquisitionibus semper factum censetur, hinc quoties inquisitus, juramentum purgatorium præstat, toties impensas judiciales fere debet *vid.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 326.*

§. 47. Licet autem jurans à refusione expensarum quandoque sit immunis, attamen propriæ expensæ, ab adversario, ei non præstantur, damnum enim hoc, fortuitum magis, quam voluntarium censeri debet. Quodsi tamen adversarii malitia, quâ indicia, nonnulla contra alterum excitaverit, probari queat, tum ad refusionem expensarum juranti tenebitur, ceu etiam judicatum aliquando apud CARPZOV. *p. 1. C. 22. D. 17. in fin.* Reus absolutus in pristinum statum & officium, si certo casu suspensus fuerit, restituitur *c. 10. X. de purgat. can.* In genere tamen veritas, etiam post rem judicatam, novis probatio-

nibus ostendi potest, ob rationem §. *40.* datam *v.* CARPZ. *p. 1. C. 22. D. 20. tit. 12. art. 3. n. 75. add.* LAUTERB. *C. J. de jurejur.* verb. *juramentum purgationis.*

§. 48. Ad abusum juramenti purgatorii forte pertinet, quod illud sæpe, non aliam ob causam, deferatur, quam ut ex ejus recusatione, multam, vel præstatione, sportulas alii sperare & exigere queant. Sed satius videtur, vel à suspecto utrumque simpliciter exigere, vel, si hoc nimis grave videatur, utroque lucro carere, quam perjurio causam dare: Nunc non raro contingit, ut sportulæ perjurio acquirantur, aut suspectus & perjurus dimittendus sit, quem, ut suspectum saltem, dimittere nolebant.

§. 49. Superest juramentum mixtum *v.* §. 1. Ad illud pertinent (1.) Juramentum calumniæ generale, *quo litigantes eorumque advocati, circa singulas lites, jurato asserunt, se credere, quod bonam causam habeant, ac, sese eam, bona fide & sine malitia, esse persecuturos, promittunt*, quod pluribus explicat LAUTERB. *C. J. de jurejur. lit. a.* Sed cum illud juramentum, reprimendæ litigantium temeritati & malitiæ, haud sit idoneum, adeoque ejus delatione perjuriis frequentissimis ansa præbeatur, merito illud à plerisque Statuum imperii judiciis exulat *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 339.*

§. 50. In Saxonia tamen Electorali illud, urgentibus circumstantiis, quandoque exigitur *Decis. noviss. 70.* quemadmodum etiam in eadem hactenus receptum est, ut Advocati, gradu Doctoris vel Licentiati non gaudentes, ratione processuum rite peragendorum, semel jurare debeant, quod juramentum tamen saltem promissorium est (2.) Juramentum testium, *quo testes veritatem se esse dicturos promittunt, & ex quo effata eorum vim deinde sortiuntur* (3.) Juramentum paupertatis *v.* §. *12. h.* & si quæ ejus generis alia adhuc occurrunt.

CAPUT

CAPUT XVI.
DE JURE TALIONIS.

SUMMARIA.

§. 1.



Xplicavimus hactenus generaliter jura & obligationes, quæ homines existentes, vel in ordine ad se ipsos, vel alios, sustinent. Uti autem illa, juxta naturalem hominum conditionem, in æquilibrio regulariter consistunt, ita legibus positivis & conventionibus, inæqualitas nonnunquam quoad ea introduci solet. Præterea observandum, quod jura Socialitatis plerumque sint reciproca, hinc, altero officium negligente, philautiæ enixius incumbere, ac inhumanitatem inhumanitate, læsionem læsione pensare, utplurimum non tantum licitum, sed & aliquando necessarium est.

§. 2. Istam juris proprii defensionem, Talionis nomine, comprehendere liceat, ad quam pertinet decantatissima illa juris Romani rubrica: *quod quisque juris in alterum statuerit, ut ipse eodem jure utatur*, quæ ita inolevit, ut, vel ob eam solam, jure Romano nos carere non posse, nonnullis forte persvasum sit. Sed hoc quidem nimis fuerit superstitiosum, jus Talionis ita comparatum est, ut, sine adminiculo Juris Romani, ex principiis congenitis, per rectam rationem, facile intelligatur.

§. 3. Nam si pluribus jura æqualia, sive *natura*, sive *pacto*, sive *lege* competant, tum, uno, plus justo, sibi arrogante, cæteris quoque idem licere, quivis recta ratione præditus, intelligere potest: quodsi au-

autem circumſtantiæ illæ aliter ſe habeant, tum etiam talio ceſſabit. Cum vero hanc late hic ſupponamus, ideo ad ejus jura intelligenda, duplex caſus generalis videtur eſſe diſtingvendus, vel enim *quis in læſione inferendæ occupatur*, vel *plus juris, quam par erat, ſibi jam arrogavit.* Illo caſu, talio conſiſtit in *rejectione mali inferendi*, hoc vero, vel in *negatione præſtationis reciprocæ*, vel in *exactione ſatisfactionis*, vel *impoſitione pœnæ.*

§. 4. Ad primum caſum pertinet defenſio neceſſaria, nam ſi quis alterum injuſte aggreſſus fuerit, tum hoc facile liquet, quod invaſus invaſorem, ſine ejus læſione, ſi ita fieri poſſit, repellere queat, hoc enim, ex regulis amoris proprii & proximi, ultro liquet. Quodſi autem aliter fieri nequeat, tum aggreſſor, qui vitæ noſtræ inſidiatur, etiam cum internecione repelli poteſt & debet, adeo ut violenta ſui defenſio, non tantum licita, ſed & præcepta & neceſſaria ſit *v.* OBSERV. PUFEND. *Obſ.* 120. *ſeqq.* quod juris naturalis dictamen paſſim aliæ leges probant *v. l. 3. de J. & J. l. 4. ſ. 45. §. 4. ad. L. Aquil. l. 12. §. 1. quod met. cauſ. l. 1. §. 27. de vi & vi arm. l. 1. C. unde vi l. 1. C. quando lic. unicuique ſin. jud. c. 6. de ſentent. excomm. in 6. Nem. Carol. art.* 139. *ſeqq.*

§. 5. Sed ut illa defenſio recte ſe habeat, ſuis eadem debet conſtare requiſitis, ſive moderamen inculpatæ tutelæ obſervandum eſt. Videtur autem in eodem recte æſtimando, reſpiciendnm eſſe tum ad *offenſionem defenſioni ſuffecturam*, tum ad *facultatem lædendi.* Illa, adeſt, ſi (1.) præſens periculum (2.) ſine noſtra culpa immineat, ac illud (3.) alia ratione, quam oppoſitione violentiæ, depelli nequeat. Facultas autem lædendi, in Civitatibus, incipit ab *actuali* ſeu *moraliter certa offenſione*, & definit, *ſimul ac invaſoris impetus depulſus eſt*, nam offenſionem imminentem aut recurſuram Magiſtratus impedire poteſt ac debet OBSERV. PUFEND. *Obſ.* 123. *ſeqq.*

§. 6. Quod ſi quis, obſervatis exacte iſtis requiſitis, invaſorem occiderit, tum non tantum eſt impunis, ſed & impeccabilis *v.* CARPZ. *Pr. Crim. p. 1. qu. 28.* præterea damni reſtitutionem ab occiſi hæredibus recte petit, quamvis de hoc in foro civili, quod ſciam, vix aliquid audiatur. Si vero moderamen inculpatæ tutelæ exceſſerit, tum arbitrarie puniri ſolet, cum vero illud omne ex circumſtantiis dependeat, ideo de modo exceſſus & irroganda pœna, rectius in caſibus ſpecialibus,

libus, inita accurata circumſtantiarum ratione, quam ex generalibus interpretum aſſertis, judicari poteſt *v.* CARPZ. *d. l. qu.* 29. *ſedd.* Id in genere rationi & æquitati eſt conſentaneum, ut, quando de defenſione conſtat, potius in favorem defenſoris, quam aggreſſoris pronuncietur.

§. 7. Quod pro defenſione vitæ licet, id non immerito etiam, pro defenſione membrorum, pudicitiæ aliusque boni irreparabilis, licere cenſetur, hinc etiam, propter tutelam rerum, fur & raptor occidi poterit, ſi vel vitæ amittendæ periculum ſubſit, vel rerum recuperandarum ſpes deficiat *v. l.* 4. §. 1. *ad L. Aquil.* CARPZ. *d. l. qu.* 32. Cæterum cum ea, quæ in hiſce caſibus allegari ſolent, facti ſint, hinc facile liquet, omnes circumſtantias, quæ hic aliquod momentum habent, ab allegantibus probandas eſſe, & ſæpe jurejurando vel tortura veritas erui ſolet *v.* CARPZ. *d. l. qu.* 33.

§. 8. In ſecundo caſu talio conſiſtit (I.) in *negatione præſtationis reciprocæ.* Eo pertinent officia humanitatis, nam ſi quis illa alteri non exhibeat, tum hic illi, rurſus eadem recte negabit, interim generoſius eſt, inhumanitatem, quæ non tam alteri damnum affert, quam inhumani ſtultitiam & improbitatem oſtendit, non talione, ſed humanitate & beneficiis penſare, etſi praxis hominum fere in contrarium tendat, dum modica inhumanitas, graviori ſolet excipi.

§. 9. Ad eandem claſſem pertinent officia ex contractibus reciprocis reſultantia, nam, uno fidem non ſervante, alterum quoque ad promiſſum non teneri, tralatitium eſt. Duo autem circa hujus generis exempla notanda ſunt, primo, *talionem non aliter locum habere, quam ſi jura ſint æqualia & reciproca*, hinc licet dominus ſervo ſuo calceos non purgaverit, hic tamen illi miniſterium hoc detrectare non poterit, operis tamen fideliter præſtitis, mercedem recte exiget.

§. 10. Secundo notandum, *talionem ſolum habere locum, contra eum, qui officium neglexit, non alios*, hinc ſi Dominus Pontificius, ſubditis Evangelicis honeſtam neget ſepulturam, Domini Proteſtantes, ſuis ſubditis Pontificiis, eandem non recte negabunt, hi enim nihil peccarunt, niſi conſtet, horum etiam colluſione & conſenſu, iniquitatem illam eſſe peractam. Id non præciſe requiri videtur, *ut ſolus læſus retorqueat*, ſed poteſt quandoque alius etiam, læſi velut nomi-

ne & in ejus defensionem, maxime si ipse ob impotentiam aliasve caussas, talione uti nequeat, lædenti paria rependere, id quod exemplo proxime allato intelligi potest.

§. 11. De cætero dicta non tantum habent locum, quoad personas singulares, sed & integras universitates, nam si v. gr. civitas aliis commoda ratione successionis neget, vel civibus emigraturis aliquid detrahat, aut exteris usuras solvi prohibeat, tum civitas altera, in cujus præjudicium hoc tendit, tam contra ipsam civitatem inhumanam aut lædentem, quam ejus membra, quæ vel in illam inhumanitatem, vel in incommodum, quod eam sequitur, censentur consensisse, talione uti poterit *v.* CARPZ. *p.3. C.38. D.1. seqq.* EKHOLT. *ad ff. quod quisque jur. §.8.9.* sed cum, inter præstationes reciprocas, non sit exacta proportio, præterea, inter homines, socialitas utplurimum frigeat, ideo sæpe modus in talione, hîc non servatur.

§. 12. Porro, in casu antea memorato, talio consistit (II.) in *exactione satisfactionis*, nam id manifestæ æquitatis est, ut is, qui plus justo sibi asseruit, læsis illud, vel æquipollens, reddere teneatur. Ad istam autem satisfactionem obtinendam varia competunt remedia (1.) *actiones forenses*, de quarum æquitate etiam non facile dubitatur (2.) *retorsio in specie*, qua *injurias verbales in injuriantem rejicimus*, nam medio illo existimationem nostram, integram conservamus, minimum, ne opinione vulgi, labes aliqua ei adspersa credatur *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 1232. 1240.*

§. 13. Ulterius (3.) *Arresta*, i. e. *detentiones personæ, aut rerum debitoris, per creditorem ipsum, aut, si privatus sit, autoritate Magistratus factæ.* Obtinent illa regulariter tantum contra exteros, aliquando tamen etiam contra concives, si obærati, fugitivi aut arctiori quadam obligatione constricti sint *v.* HUBER. *in posit. & prælect. ad ff. de in jus voc.* (4.) *Repressaliæ*, quæ sunt *actus, quo alterius civitatis civis, aut ejus res, propter debitum totius civitatis vel aliûs, de ista societate civis, post frustra petitam justitiæ administrationem, eo fine detinentur, ut debitor, ad satisfactionem illo medio urgeatur, vel, ea non secuta, læsus suum inde recipiat* vid. SPECIM. JUR. PUBLIC. ROMANO GERM. *l. 3. c. 8, §. 39. seqq.*

§. 14. Videbatur etiam huc referendum esse (5.) *Bellum*, sed hoc lati-

latius patet, & ad omnes talionis species, hactenus adductas, se extendit, in bello enim non tantum læsionem imminentem repellimus, sed & reciprocas præstationes utiles omittimus, ac damni restitutionem exigimus. De cætero contra injustum hostem, quamdiu resistit, in infinitum læsio bellica extendi potest, de quo alibi agitur *v.* OBSERV. PUFENDORF. *Obs. 124. seqq. 691. 692.* Inter privatos autem, qui in statu civili vivunt, illud medium locum non habet, certe habere non debet.

§. 15. Denique, in casu antea allato talio consistit (III.) in *impositione pœnæ;* hoc toties accidere dicendum est, quoties id, quod delinquenti infertur, damni restitutionem in se non continet. Ista autem talio pœnalis licet æquitati naturali non repugnet, attamen nec ex hac dependet, sed, ad exemplum aliarum pœnarum, legi positivæ debet originem. Eo pertinet (1.) pœna, qua ob membrum ruptum, æquale malum imponitur, legi XII. tabb. aliisque sapientibus antiquis probata *v. §. 7. I. de injur.* GELL. *N.A. l. 20. c. 1.* LEHMAN *Chr. Spir. l. 7. c. 36. 37.* PUFEND. *de J.N.G. l. 8. c. 3. §. 27.*

§. 16. Exemplum hujus talionis est etiam (2.) homicidii pœna, quæ homicidæ doloso imponitur. Denique eo quoque referenda (3.) sanctio juris Romani, qua Magistratus, qui jus novum & iniquum, dolo malo statuerant, ut & illi, qui jus illud impetraverant, adversario postulante, eodem jure uti debebant *l. 1. 2. 3. quod quisque jur.* nam per talionem, hic intelligi pœnam, non tantum ex eo patet, quod per illam, damnum læso haud fuerit restitutum, sed &, quod locum illa invenerit, licet jus novum non nocuerit, modo nocere potuerit, idque, ex veriori sententia, tam ratione Magistratus statuentis *l. 1. §. 2.* quam partis impetrantis *l. 3. pr. d. t.* denique ex eo, quod etiam tertius, qui læsus omnino non erat, talionem exegerit *l. 3. §. 2. d. t.* Ex qua observatione liquet, quam inepta sit eorum superstitio, qui ex speciali illa sanctione Romana, omne jus talionis repetunt.

§. 17. Duo autem, circa pœnam talionis, sine dubio concedenda sunt (1.) eam solum afficere delinquentem, ac nonnunquam, in causis pecuniariis, ejus hæredem & fidejussorem *v. l. 3. §. 3. 4. 5. quod quisque jur.* (2.) si ad mortem extendatur, imparato non esse imponendam. Ex quibus facile decidetur quæstio, an, si v. gr. Galli, urbem

urbem obsidentes, contra datam fidem, exeuntes milites præsidiarios trucident, in casu converso, alios Gallos occidere liceat? procul dubio negandum hoc erit, hi enim nec deliquerunt, nec, si peccassent, mors imparatis foret imponenda, nam in tali casu, mala bellica, pœnas imitantur *v.* OBSERV. PUFEND. *Obs. 692.* quin tamen illi, ad obtinendam à lædentibus satisfactionem, detineri queant, dubitandum non est, nisi aliter conventum fuerit.

§. 18. Cæterum uti talionis pœna, hactenus æquitate se commendat, quod exactam satis, inter delictum & malum imponendum, observet proportionem *v. l. 1. pr. quod quisque jur.* ita de fine pœnarum, illa non adeo est sollicita, hinc nonnunquam tale malum imponi jubet, quo delinquens non emendatur, sed, ad bene faciendum, potius ineptus redditur, quando v. gr. membro mutilatur, quale certe puniendi genus in universum incongruum censeri debet: quare tantum abest, ut illa, pro universali aliqua pœnarum mensura, haberi queat, ut ne quidem semper recte adhiberi possit.

§. 19. Aliquando etiam talio penitus cessat, idque vel ideo, *quod actus, quo æquale malum irrogandum, sic illicitus*, v. gr. si adulterium adulterio coerceri debeat, vel *quod objectum, quod eadem præsupponit, in puniendo non occurrat*, v. gr. si monoculus, qui alterum utroque oculo privaverat, ratione puniendus sit. Potest etiam quandoque utraque causa impediens concurrere, ut si adulterum cœlibem, adulterio punire velis. Aliquando denique raro talio usum habere potest, si *nimirum casus, quem illa respicit, in puniendo non facile existat*, & putem ejus rei exemplum esse in sanctione Romana *§. 16.* allata, omnem tamen ejus usum nolim negare *v. l. 3. §. 3. quod quisque jur.*

§. 20. Ex his nonnullæ quæstiones facile explicantur. Quæritur, *an contra eum, qui inducias moratorias à Principe obtinuit, eodem privilegio uti possint ejus debitores?* Ita censet CARPZOV. *p. 3. C. 38. D. 1. n. 17.* sed, infeliciter huc trahi jus Romanum, & quæstionem esse negandam, manifestum est, nam impetratio induciarum moratoriarum, non est delictum, sane, hoc dixisse, in Principem injuria est, præterea Imperans privilegium eo fine concessit, ut debitor pecuniam, Creditoribus aliquando exsolvendam, comparare queat, quæ intentio talionem satis excludit. Plane, importunis flagitatoribus, prætextu talio-

talionis, ipsis metuendæ, posse privilegium aliquando à Principe negari, dubitandum non est, quo pertinet *l.7. C. de rescind. vendit.*

§. 21. Porre quæritur, *an Magistratus inique judicans ac v. gr. usucapionem, legitime impletam, improbans,* aut *Doctor juris male consulens, eodem jure uti debeant?* hoc etiam affirmare solent *v.* EKHOLT *ad ff. quod quisque jur.* §. 2. 7. sed, itidem male huc applicari jus Romanum, putem, nam ejus sanctio, ad iniquam potius *legislationem*, quam *applicationem* pertinet, adeoque non temere extendenda videtur. Sed fac, talionem non inique imponi, quando vero ejus exercendæ casus, in Judice aut Doctore, occurret? Satius igitur erit, delinquentes, si delicti convinci queant, statim pœna promerita afficere, quam casum talionis suscipiendæ otiose expectare *add.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 41.*

CAPUT XVIII.
DE RELIGIONE.

SUMMARIA.

§. I.



POst jura Philautiæ & Socialitatis generaliter explicata, etiam de Officio hominis erga Deum, seu de Religione, aliqua dicenda, vel ex Jurisprudentia Universali præsupponenda erunt, tum ut Disciplinæ nostræ contextus sibi constet, tum ut doctrina specialior, in usum Germaniæ, suo loco inde possit instrui. Religio sumitur, vel pro *obligatione ad Deum colendum*, quæ vel revera ad-

est, vel saltem adesse existimatur v. SCHERTZER *System. theolog. proleg. §. 13. p. 4.* vel pro *ipso Dei cultu*, qui significatus in vita civili est usitatissimus, ad quem adeo hic quoque respiciemus, ac obligationem circa illum occurrentem simul exhibebimus.

§. 2. Cum autem religionis nomine verus & falsus cultus notari soleat, ideo, juxta laxiorem illum sensum, Religio est *actus, quo quis Deum, juxta veram aut falsam notitiam, sincere aut frigide, animo & opere externo colit.* Consistit adeo omnis religio ex *notitia de Deo* & *cultu stricte dicto*. De cætero summa religionis divisio, à *diversitate Principii* dependet, juxta quod, illa est vel *naturalis*, quæ ex natura per Rationem innotescit, vel *Revelata* seu *Positiva*, quæ ex revelatione divina dependet, vel saltem dependere creditur.

§. 3. Religionis naturalis, quatenus pro *notitia* accipitur, hæc sunt capita (1.) *Deum existere*, id quod ex universa mundi machina satis intelligitur, modum tamen existentiæ, ut & creaturarum productionem, à Summo illo Numine factam, ratio humana sibi relicta, assequi non valet (2.) *Deum hujus universi esse conditorem*, quod quidem eadem, qua caput præcedens, demonstratione nititur, cum enim Deum non aliter, quam ex natura, cognoscamus, hinc eodem argumendo edocemur, & Deum existere, & hoc universum condidisse.

§. 4. Porro (3.) *Deum in hoc universum regimen exercere, illudque sua providentia moderari*, quod caput præcedentibus itidem cohæret, sicut enim hæc mundi machina Autorem requirit, ita eadem quoque Conservatorem & Gubernatorem exposcit; quæ omnia adeo conjunctim intelliguntur. Potest autem Providentia divina distingvi in *Generalem*, quæ quoad omnes creaturas se exserit, & *Specialem*, quæ intuitu hominum, & quoad eventus quidem singulares, occurrit. Hæc *fatum* vel *fortuna* dici solet, quamvis ipse etiam eventus nonnunquam isto nomine exprimatur. Observandum præterea est, quod eventus illi, à prudentia vel stultitia humana, simul dependere soleant, quo spectat vulgatum illud: *quilibet fortunæ suæ faber.*

§. 5. Denique naturalis notitiæ caput est (4.) *Deum esse aliquod ens, plane diversum ab iis, quæ sensibus & intellectu nostro comprehendi possunt*, nam sicut mens humana modum existentiæ divinæ non intelligit, ita, de essentia Dei, multo minus aliquid positive concipit, hinc

hinc omnes locutiones, quibus uti ſolent homines, non liquidam aliquam cognitionem, ſed mentis humanæ imbecillitatem arguunt, hinc omnis etiam, de Deo, philoſophia naturalis, ita adornanda eſt, ut non tumidam aliquam ſapientiam præ ſe ferat, ſed infirmitatem humanæ rationis ingenue agnoſcat ac divinitatis incomprehenſibilitatem admiretur.

§. 6. Notitiæ de Deo naturali opponitur (1.) *Superſtitio*, quæ ſerio quidem Deum agnoſcit, ſed falſos conceptus, ex prava ratiocinatione, vel traditione originem ducentes, de eodem fovet (2.) *Atheiſmus theoreticus*, qui Dei exiſtentiam negat, qualis quidem inter homines nunquam ita exiſtere poteſt, ut mens humana perſvaſa ſit, Deum non exiſtere. De cætero homo, ex natura, facile amplius cognoſcit, ſe per legem naturalem obligari ad notitiam de Deo acquirendam, acquiſitamque conſervandam, nec non ad ſuperſtitionem & atheiſmum vitandum.

§. 7. Quodſi porro Religionem naturalem pro *cultu* accipiamus, tum vel notat *cultum internum*, qui ſolo animo peragitur, vel *externum*, quando affectus animi in actus externos erumpunt. *Internus* generaliter conſiſtit in *agnitione conditionis humanæ*, quæ, niſi fallor, quinque affectibus principalibus abſolvitur, *admiratione*, quæ incomprehenſibilitatem, *amore*, qui bonitatem, *honore*, qui imperium, *timore*, qui potentiam, & *fiducia*, quæ bonitatem & potentiam Dei ſimul agnoſcit & veneratur. Omnes vero hi affectus, *obſequii* nomine quoque veniunt, ſi eos, velut præceptos, aut ſub obligatione juris naturalis poſitos, conſideres.

§. 8. Cultus *Externus*, eſt vel *indirectus*, qui, legum, homines reſpicientium, obſervantia, Deo exhibetur, nam, obſequio huic cultum ineſſe, manifeſtum eſt, vel *directus*, qui Deum directe reſpicit, ejusque colendi gratia ſuſcipitur, ac iterum vel *omiſſione contemtus externi*, vel *ſuſceptione actuum honorantium* conſtat, poteſtque vel *privatus*, vel *publicus* eſſe.

§. 9. Quousque autem lex naturalis cultum hactenus delineatum præcipiat, quæritur? Breviter: jubet cultum internum, nec non externum indirectum, porro etiam directum, quatenus omiſſione contemtus externi abſolvitur, non vero quatenus ſuſceptione actuum hono-

honorantium constat, sed hic cultus, jure naturali saltem licitus censeri debet, nam actibus corporeis, utpote ratione destitutis, proprius religionis sensus non inest, hinc etiam ad cultum illi necessarii existimari nequeunt, nisi speciale præceptum adsit, quale quidem, per solam Rationem, afferi non posse videtur.

§. 10. Cultui naturali opponitur etiam (1.) *Superstitio*, nam, ex inepta persvasione, ineptus oritur cultus (2.) *atheismus theoreticus*, negato enim Deo, cultus necessario cessat; præterea ei in specie opponitur (3.) *atheismus practicus* seu *impietas*, qua quis Deum contemnit, vel cultum honorantem omittit aut simulat, sed de his duobus gradibus posterioribus, difficulter judicari poterit, cum cultus externus non præcise sit necessarius. De cætero vitia illa opposita, jure naturali prohiberi, ex dictis *§. 9.* consequitur.

§. 11. Usus religionis naturalis, est vel *principalis*, nempe per eam Deum nobis reddimus propitium, vel *secundarius:* Debet illa homines manuducere ad inquisitionem cultus à Deo revelati, quem usum vulgo pædagogicum dicunt; sed non minus illa impedire debet, ne quamvis traditionem vel fabulam, pro religione revelata, amplectamur. Cæterum dicta obtinent, quamdiu Deus aliam religionem, juxta quam unice coli velit, non revelavit, nam, hoc facto, manifestum est, quod *principalis usus* religionis naturalis cesset, non tantum quoad eos, qui revelatam illam jam sunt amplexi, sed & quoad eos, qui eam amplecti debebant. *Secundarius* vero *usus*, locum adhuc suo modo inveniet v. OBSERV. PUFEND. *Observ. 92. seqq.*

§. 12. Religionum positivarum magna est varietas, cum forte nulla gens, in toto terrarum orbe, reperiatur, quæ cultu mere naturali Deum prosequatur; Quatuor tamen species non male constitui videntur, scilicet *Christiana*, *Judaica*, *Turcica* & *Paganica*, quarum singulæ, iterum in plures species discernuntur, de quibus specialius agere, jam non opus.

§. 13. Illud etiam recte dici videtur (1.) singulas religiones positivas, notitia & cultu stricte dicto constare (2.) eas exigere cultum externum (3.) nullam forte earum esse, quæ non aliquot religionis naturalis capita in se contineat, imo (4.) christianam religionem quatenus improbitate hominum non est corrupta, totum cultum naturalem,

qui

qui amore Dei & proximi abſolvitur, comprehendere (5) ſingulas, ex ſententia aſſeclarum, habere illum ſcopum, ut ſalutem æternam per eas conſequantur homines, etſi pleræque, ad illum obtinendum, parum ſint aptæ.

§. 14. In genere Religiones, ſunt vel *veræ* vel *falſæ*. Naturalis eſt vera, ex quo tamen non ſequitur, quod, juxta eam, Deus ſit colendus *v.* §. *11.* Poſitivæ autem maximam partem ſunt fabuloſæ. Quod tamen in ſpecie attinet *Chriſtianam*, de divina ejus origine ſatis perſvaſi ſunt Chriſtiani, ſed illa ſaltem vera eſt, quæ in iis, quæ ad ſalutem æternam ſunt neceſſaria, cum S. Scriptura exacte convenit, eique quatuor vitia, *Impietas, Hæreſis, Infidelitas* & *Atheiſmus theoreticus*, opponuntur, de quibus multa dicere, inſtituti ratio non permittit.

§. 15. Sicut autem quævis religio directa, eſt actus hominis erga Deum, non hominum inter ſe ſpectatorum, ita, ſi homines, in libertate naturali, ſine imperio civili, viverent, unusquisque non valde curaturus eſſet, quo cultu alius Deum proſequeretur. At poſtquam homines, in varias ſocietates, ac inprimis civitates, coaluerunt, accurata religionis, inter eos uſitatæ, cura haberi, ac multa, ſæpe etiam plura, quam indoles religionis & imperii civilis permittit, ejus intuitu, conſtitui ſolent, hinc operæ pretium eſt, religionem cum ſocietatibus humanis, ac, in ſpecie civilibus, propius nonnihil comparare.

§. 16. Hoc igitur vulgo recte dici ſolet, *religionem eſſe firmiſſimum ſocietatis humanæ vinculum*, & hactenus nihil referre videtur, ſive illa ſit naturalis, ſive poſitiva, vera an falſa, nam ſi quis Deum ſerio amet & timeat, licet norma cultus non adeo recte ſe habeat, is officia proximo debita exacte implere ſtudebit. Sed ut religio illum effectum habeat, tria ad eam requiri videntur (1.) ut perſvaſionem, de futura beatitudine & pœna, habeat adjunctam, ut ſit (2.) ſeria, interno ſcilicet ac vero Dei amore & timore conſtet, ac (3.) ſociabilis.

§. 17. Si primum requiſitum deſit, vix aliquid religio humanis ſocietatibus præſtabit, cum male agentibus nihil magis, quam mors, metuendum ſit; ſi ſecundum ceſſet, nulla plane ſecuritas ab ea expectari poteſt: Si tertium deficiat, & religio ſit imperioſa, vel odio diſſentientium civili inquinata, tum non tantum nihil ſocietatibus humanis prodeſt, ſed & eas enormiter turbat. Quæ cum ita ſint, ab aliis

disquisitum, est, quænam ex religionibus christianis, ad promovendam Rerumpublicarum felicitatem, sit aptissima? ad quam tamen disquisitionem descendere, jam non attinet.

§. 18. Illud observandum, dari quoque alia media, quæ societates humanas contineant. Eo poterunt referri (1.) *præmia* & *pœnæ naturales*, quæ, ex observantia vel neglectu officiorum, sequi solent (2.) *pœnæ arbitrariæ*, in legum transgressores constitutæ (3.) *disciplina civilis bene instructa*, quæ leges pœnales exequitur (4.) *animus moderatus, à natura datus*, qui, ne data quidem impunitate, alios lædere velit (5.) *defectus virium vel occasionis alios lædendi*, & si quæ ejus generis alia sunt. Atque hisce momentis fere stant & cadunt societates humanæ, nam religio utplurimum exulat, aut necessariis destituitur requisitis, adeoque societatibus humanis & civilibus parum prodest, quod exemplo eorum, quos solum religionis & conscientiæ vinculum in officio continere debebat, satis intelligitur.

§. 19. Postea observandum, quod religio, intuitu, civitatum & imperii civilis, sit *res libera*, nam solius Dei est, dare religionem, præterea hæc in animo consistit, actus vero externi, si internus applausus in eos non influat, inanes ac minime religiosi sunt; Cum igitur imperium civile animum hominis flectere & dirigere nequeat, manifestum inde est, quod religio extra illius sphæram sit constituta. Exinde sequitur, quod religio, in quamcunque etiam formam illa se componat, coactioni & pœnis humanis non subjaceat, modo eadem societates humanas non lædat & turbet, nam huic improbitati recte vis opponitur.

CAPUT XVIII.
DE JURE NECESSITATIS.

SUMMARIA.

§. 1. In

§. 1.



IN Capite *16.* comparavimus jura Pilautiæ & Socialitatis, nunc generalior comparatio, qua jura Philautiæ, non tantum inter se, sed & cum juribus Socialitatis & Religionis contenduntur, instituenda erit. Eveniunt scilicet nonnunquam ejusmodi casus, ut non aliud expediendæ propriæ salutis supersit medium, quam si actum aliquem suspiciamus aut omittamus, quem jura ordinaria omitti suscipive volebant. In hac igitur collisione, de jurium illorum prærogativa quæritur, cujus disquisitionis summa capita hic etiam breviter exhiberi debent.

§. 2. Casus illi singulares, nomine *Necessitatis* veniunt, quæ est *Periculum vitæ, membrorum aut rerum, sine nostra culpa excitatum, ex quo unica ratione evadere possumus, si scilicet actum alias prohibitum suscipiamus, vel præceptum omittamus.* In casu igitur imminentis ejusmodi periculi, quæritur, *an leges, quæ propriæ saluti obsunt, exceptionem necessitatis admittant?* i. e. an, ob favorem conservationis propriæ, leges contrariæ, eo casu non obligent, adeo ut impune & sine peccato, actus alias prohibiti aut præcepti, suscipi vel omitti queant?

§. 3. De Legibus humanis & conventionibus, regulariter dicendum erit, quod exceptionem necessitatis admittant, cum enim homo soleat ea refugere & amoliri, quæ ad sui destructionem tendunt, aut alias gravi malo eum afficiunt, hinc nec Legislator, nec paciscentes, tam rigidam obligationem constituisse censeri possunt, cujus observationem comitaturum esset malum, humanam naturam destruens, aut communi hominum constantia superius, nisi expresse, aut propter negotii naturam, iste quoque casus sit comprehensus *v.* PUFENDORF. *de O. H. C. l. 1. c. 5. §. 18.*

§. 4. Quod vero leges divinas, ac præcipue naturales attinet, videntur eæ, quæ Deum respiciunt, à cæteris, quæ homines concernunt, separandæ esse. De illis hæ regulæ fortassis non male inculcantur (1.) *quoties susceptio vel omissio actionis, Dei contemtum aut abnegationem involvit, toties lex, quæ illa alias prohibet, aut præcipit, exceptionem necessitatis non admittit,* nam honori divino, vitam etiam nostram cedere debere, ex materiæ conditione, ratio satis intelligit (2.) *quoties vero*

susceptio aut omissio actionis, alias prohibitæ vel præceptæ, contemtum Dei non continet, toties lex, necessitatis exceptionem admittit, cum enim honor Dei non periclitetur, ex benevola ejus mente, obligatio suspensa præsumitur.

§. 5. Ad exempla si applicentur regulæ, præcepta *naturalia negativa*, non videntur admittere exceptionem necessitatis; *Positiva* vero, v. gr. de non edenda carne suilla, quod olim Judæis datum erat *v.* PUFEND. *de J. N. G. l. 2. c. 6. §. 2.* regulariter eam admittunt. De præceptis *naturalibus affirmativis* plane quæri non potest, quia illa ad cultum externum non obligant *v. l. præc. §. 9.* adeoque hic semper omitti potest. *Positiva* autem, necessitatis exceptionem non respuunt, nisi cultus omissio, pro abnegatione sit *v. Dan. VI. 10.*

§. 6. Quoad præcepta, ad homines spectantia, præcipue obtinet distinctio præceptorum *affirmativorum* & *negativorum*. Illa admittunt exceptionem necessitatis, adeoque si vita nostra periclitetur, aut alius incommodum immineat, actio alias præcepta licite omittitur; Deus enim unicuique propriam curam ac conservationem injunxit, ac præterea præcepto affirmativo voluit, ut in alios bonum conferamus, hæc igitur Dei voluntas, ex priori restingitur, ut tum demum impleri debeat, si salus propria non periclitetur, in quo fundatur tralatitium illud: *ordinata charitas incipit à seipsa.*

§. 7. Circa negativa hæ regulæ notandæ (1.) *Quoties susceptio actionis, alias prohibitæ, est remedium certum depellendi periculum* (i. e. cum cessatione periculi physicam & necessariam habet connexionem) *nec majus aut æquale malum, quam imminens necessitas* (id quod ex habitu utriusque physico, non morali, æstimandum) *toties lex exceptionem necessitatis admittit.* Verum (2.) *quoties est medium incertum, vel majus aut æquale malum, toties memoratam exceptionem lex respuit*, nam, ex diverso illo mali & medii habitu, voluntas divina, probabiliter satis colligitur.

§. 8. Ex his exempla facile dijudicari possunt. Sic possum alterum in communi periculo destituere, si probabile sit, me cum illo alias esse periturum, est enim præceptum hoc affirmativum, juxta doctrinam *§. 6.* Pro conservanda vita, licebit membrum, insanibili vitio correptum, abscindere: Non minus quoque fas erit, in sui conser-

vatio-

vationem, alios lædere, vel, ob salutem multorum, unum occidere *v.* PUFEND. *de J. N. G. l. 2. c. 6. §. 3.* nam obtinent, in his exemplis, circumstantiæ, regula prima notatæ: Damnum tamen duobus posterioribus casibus, cessante periculo, quantum fieri potest, erit resarciendum.

§. 9. E contrario si quis, in sui conservationem, innocentem occidere jubeatur, exceptio necessitatis, juxta doctrinam regulæ secundæ, cessabit, occisio enim alterius, est æquale malum & medium incertum, hinc non apparet, quare malum imminens, in alium devolvere, ac, ob spem salutis incertissimam, actionem alias prohibitam, suscipere liceat. Idem dicendum erit, si quis periculum vitæ, incestu vel adulterio, similive crimine redimere jubeatur, nam & hæc perincerta conservandæ vitæ sunt media.

§. 10. Rursus, in casu veræ necessitatis, res alienas, sine vitio furti, auferre licet, modo damnum, cessante periculo, resarciatur, non tantum enim hic occurrit ratio, regula prima comprehensa, sed & specialis insuper accedit: nam oblatio rei alienæ dissentiente saltem domino illicita est, cum vero dominus, si præsens sit, in necessitate constituto succurrere teneatur, cur non ejus, qui ad consentiendum est obligatus & dissentire non debet, consensum, in casu absentiæ, præsumere, adeoque ablationem licitam dicere liceat?

§. 11. Quodsi necessitas circa res nostras versetur, tum ob eam res alienas perdere licebit, dummodo vera subsit necessitas, & corruptio rei alienæ, sit minus malum & medium probabiliter certum, ac denique, depulso periculo, damnum resarciatur. Cæterum sicut hæc obligatio cessat, domino in damnum consentiente, ita etiam aliter locum non habet, quam si res, ob commune periculum, perierit, ejusque jactura, illud sit depulsum *v. l. 2. l. 3. l. 4. f. 7. de L. Rhod. de jact.*

§. 12. Ex his principiis exorta est *Lex Rhodia de jactu*, in jure Romano satis celebris, quæ adeo nihil aliud est, quam specialis conclusio, ex generali juris naturalis æquitate, deducta, ac speciali casui, periculi scilicet maritimi, applicata. Ex quo liquet, non satis rationi

conveniens esse, si Legis illius decisio, ad alios casus, extendatur, nam similium casum decisio, non ex aliqua conclusione speciali, sed ipso potius principio, repetenda erat, & licet parum videatur interesse, sive assertionem ex fonte, sive ex rivulo derives, modo illa, in se vera sit, attamen nimia illa rerum Romanarum, ac, in opprobrium velut juris naturalis, facta æstimatio, censuram omnino meretur *v*, OBSERV. PUFEND. *Obs. 141. seqq.* addendæ tamen autoritatis causa, jus Romanum recte allegatur.



LIBER

LIBER TERTIUS

CAPUT I.

DE HOMINUM INVIOLABILITATE.

SUMMARIA.

§. 1.



Explicavi hactenus generaliter, quid homines existentes, sibi ipsis, proximo & Deo debeant. Sed nunc specialior illorum officiorum instituenda erit consideratio, non quidem respectibus illis, amplius distinctis, sed permiste, prout status generis humani & Rerumpublicarum id exigere videbitur. Non incongrue autem ad specialia deduci poterit tractatio, si jura hominum præcipua sigillatim expendamus.

§. 2. Recensui *l. 1. c. 11.* §. 13. sex species extantiores, *Humanitatem*, *Inviolabilitatem*, *Libertatem*, *Existimationem*, *Jus rerum* & *Imperi-*

perium. De Prima nihil amplius dicendum videtur, nam fere, extra legum civilium curam, illa est, hinc, quoad eam, sufficere possunt dicta *l. 2. c. 3.* sed cæterarum explicatio, tractationi secuturæ materiam suppeditabit, ubi quidem ab inviolabilitate hominum, initium faciendum erit.

§. 3. Omnes homines esse inviolabiles, nisi delictis, coercitioni humanæ subjectis, socialitate sese indignos fecerint, ex fundamentis antea inculcatis, satis patet *v. l. 3. de J. & J.* Solent tamen nonnulli, sensu speciali, sancti & inviolabiles *v. l. 8. pr.* §. *1. l. 9.* §. *3. de divis. rer.* dici, ut Parentes *l. 9. de obseq. parent. & patr.* Legati *l. 8.* §. *1. de divis. rer. l. fin. de Legat.* & multo magis Imperantes, quanquam Romanorum Imperatorum ambitio, divinitatem etiam affectaverit, ceu ex variis juris Romani locis, liquet *v. l. 5. 6. ad L. Jul. Maj. l. 7. C. de interd. matrim. inter pup. l. 33. C. de donat.*

§. 4. Isti inviolabilitati communi, duo delicta obstant, *Vulneratio* & *Homicidium*, quæ hic considerari debent. Per illam intelligimus *actum voluntarium, quo vel vulnus alicui invito infligitur, vel membro aliquo quis mutilatur.* Obligari autem vulnerantem ex jure naturali, ad damnum resarciendum, præterea ipsum, pro ratione facinoris commissi, posse puniri, satis manifestum est. Sed illa, in foro, non semper exacte separantur ac exiguntur.

§. 5. In jure Romano, expensæ & operæ saltem æstimantur, deformitatis aut dolorum nulla habita ratione *l. 3. si quadrup. paup. l. f. de his qui effud.* quod ultimum tamen solida ratione non nititur *v.* SCHILTER *ad ff. exerc. 19.* §. *34. seqq. add.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 268.* Præterea, quod sciam, nulla etiam pœna à vulnerante exigitur, nam pœna legis Aquiliæ, quæ, ex pretii diversitate, oriebatur §. *9. 14. I. de Leg. Aquil.* in vulneratione hominis liberi, locum habere nequit.

§. 6. Jure Saxonico, ob vulnerationem, aliquando dimidia, aliquando decima pars Werigeldi exigitur *Landr. l. 2. art. 16.* sed illud hodie observari non solet *v. Constit. Elect. 42. p. 4.* CARPZ. *Pr. Cr. p. 1. qu. 34. n. 40. 41. p. 2. qu. 99. n. 31.* verum æstimatio damni, ac pœna pecuniaria arbitrio judicis definitur, ac utraque à vulnerante exigitur CARPZ. *d. qu. 99. n. 33. seqq.* quæ præstatio, *Emenda*, *Busse*, & *Weri-*

Werigeldum dici poteſt, licet alias hoc, ab illis, ex veriori ſententia, plane differat *v.* SCHILTER *ad ff. d. Exerc. 19. §. 32. 33.* Actio autem, qua illa exigitur, *actio damni*, aut ſi mavis, *utilis L. Aquiliæ. l. 13. ad L. Aquil.* dici poteſt.

§. 7. Homicidium in genere acceptum, eſt *actus, quo vita hominis tollitur*. Eſt vel *involuntarium* ſeu *caſuale*, quando ſine dolo vel culpa homo occiditur; Ex eo nec obligatio ad damnum reſarciendum, nec ad pœnam oritur *v. Nemeſ. Carol. art. 146.* CARPZ. *Pr. Crim. p. 1. qu. 27. n. 50. ſeqq.* vel *voluntarium*, quod à volente committitur, hoc iterum eſt vel *licitum*, quod legibus permittentibus aut jubentibus ſuſcipitur, vel *illicitum*, quod contra legis prohibitionem fit. *Illius* duæ ſunt ſpecies, *Neceſſarium*, de quo actum *l. 2. c. 16. §. 4. ſeqq.* & *Ulciſcens*, quo delinquentes è medio tolluntur: *Hoc* autem eſt vel *culpoſum*, vel *doloſum*, quæ hujus loci.

§. 8. Homicidium Culpoſum eſt, *quod ſine proæreſi*, aut *liquida animi deſtinatione, perpetratur*, id quod ex circumſtantiis judicandum *v. l. 1. c. 14. §. 5.* Homicida obligatur ad pœnam arbitrariam *v.* CARPZ. *Pr. Crim. p. 1. qu. 27.* &, juxta merum jus naturale, ad damnum iis, quos occiſus, ex obligatione perfecta, alere debuit, reſarciendum *v.* PUFEND. *de J. N. G. l. 3. c. 1. §. 7.* ſed illam obligationem jure Romano ceſſare, aliqui putant THOMÆ *de nox. animal. c. 9. n. 21.* LAUTERB. *C. J. ad L. Aquil.* SCHILTER *ad ff. exerc. 19. §. 11. 12. 13.* quod tamen omnino dubium eſt, nec ex *l. 15. §. 1. l. 16. 36. §. 1. ad L. Aquil. l. 5. de his qui effud. l. 3. ſi quadrup. pauper.* probatur *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obſ. 265.*

§. 9. Jure Saxonico occiſi hæredibus, mortem ejus vindicantibus, ſolvendum eſt *Werigeldum*, quod comprehendit *viginti quatuor ſexagenas antiquas*, ſive *viginti thaleros*. Solvi autem debet integrum, ob marem occiſum, dimidium vero, ob fœminam interemtam *Landr. l. 2. art. 65. l. 3. art. 45.* CARPZ. *Pr. Crim. p. 1. qu. 34.* Licet vero Werigeldum pro multa ac pœna habeat CARPZOV. *d. l.* videtur tamen id potius ad damni reſtitutionem pertinere, ceu docet SCHILT. *ad ff. Exerc. 19. §. 14. ſeqq.* Ex quo ſequitur, quod plures occiſores unum ſaltem Werigeldum ſolvant, quod non videtur CARPZOVIO *d. qu. 34. n. 31. ſeqq.* & quod Magiſtratus, deficientibus occiſi hæredibus, Werigeldum exigere nequeat ID. *d. l. n. 63. ſeqq.*

perium. De Prima nihil amplius dicendum videtur, nam fere, extra legum civilium curam, illa est, hinc, quoad eam, sufficere possunt dicta *l. 2. c. 3.* sed cæterarum explicatio, tractationi secuturæ materiam suppeditabit, ubi quidem ab inviolabilitate hominum, initium faciendum erit.

§. 3. Omnes homines esse inviolabiles, nisi delictis, coercitioni humanæ subjectis, socialitate sese indignos fecerint, ex fundamentis antea inculcatis, satis patet *v. l. 3. de J. & J.* Solent tamen nonnulli, sensu speciali, sancti & inviolabiles *v. l. 8. pr. §. 1. l. 9. §. 3. de divis. rer.* dici, ut Parentes *l. 9. de obseq. parent. & patr.* Legati *l. 8. §. 1. de divis. rer. l. fin. de Legat.* & multo magis Imperantes, quanquam Romanorum Imperatorum ambitio, divinitatem etiam affectaverit, ceu ex variis juris Romani locis, liquet *v. l. 5. 6. ad L. Jul. Maj. l. 7. C. de interd. matrim. inter pup. l. 33. C. de donat.*

§. 4. Isti inviolabilitati communi, duo delicta obstant, *Vulneratio* & *Homicidium*, quæ hic considerari debent. Per illam intelligimus *actum voluntarium, quo vel vulnus alicui invito infligitur, vel membro aliquo quis mutilatur.* Obligari autem vulnerantem ex jure naturali, ad damnum resarciendum, præterea ipsum, pro ratione facinoris commissi, posse puniri, satis manifestum est. Sed illa, in foro, non semper exacte separantur ac exiguntur.

§. 5. In jure Romano, expensæ & operæ saltem æstimantur, deformitatis aut dolorum nulla habita ratione *l. 3. si quadrup. paup. l. f. de his qui effud.* quod ultimum tamen solida ratione non nititur *v.* SCHILTER *ad ff. exerc. 19. §. 34. seqq. add.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 268.* Præterea, quod sciam, nulla etiam pœna à vulnerante exigitur, nam pœna legis Aquiliæ, quæ, ex pretii diversitate, oriebatur §. *9. 14. I. de Leg. Aquil.* in vulneratione hominis liberi, locum habere nequit.

§. 6. Jure Saxonico, ob vulnerationem, aliquando dimidia, aliquando decima pars Werigeldi exigitur *Landr. l. 2. art. 16.* sed illud hodie observari non solet *v. Constit. Elect. 42. p. 4.* CARPZ. *Pr. Cr. p. 1. qu. 34. n. 40. 41. p. 2. qu. 99. n. 31.* verum æstimatio damni, ac pœna pecuniaria arbitrio judicis definitur, ac utraque à vulnerante exigitur CARPZ. *d. qu. 99. n. 33. seqq.* quæ præstatio, *Emenda, Busse,* & *Weri-*

Werigeldum dici poteſt, licet alias hoc, ab illis, ex veriori ſententia, plane differat *v.* SCHILTER *ad ff. d. Exerc. 19.* §. 32. 33. Actio autem, qua illa exigitur, *actio damni*, aut ſi mavis, *utilis L. Aquiliæ. l. 13. ad L. Aquil.* dici poteſt.

§. 7. Homicidium in genere acceptum, eſt *actus, quo vita hominis tollitur.* Eſt vel *involuntarium* ſeu *caſuale*, quando ſine dolo vel culpa homo occiditur; Ex eo nec obligatio ad damnum reſarciendum, nec ad pœnam oritur *v. Nemeſ. Carol. art. 146.* CARPZ. *Pr. Crim. p. 1. qu. 27. n. 50. ſeqq.* vel *voluntarium*, quod à volente committitur, hoc iterum eſt vel *licitum*, quod legibus permittentibus aut jubentibus ſuſcipitur, vel *illicitum*, quod contra legis prohibitionem fit. *Illius* duæ ſunt ſpecies, *Neceſſarium*, de quo actum *l. 2. c. 16. §. 4. ſeqq.* & *Ulciſcens*, quo delinquentes è medio tolluntur: *Hoc* autem eſt vel *culpoſum*, vel *doloſum*, quæ hujus loci.

§. 8. Homicidium Culpoſum eſt, *quod ſine proæreſi*, aut *liquida animi deſtinatione*, *perpetratur*, id quod ex circumſtantiis judicandum *v. l. 1. c. 14. §. 5.* Homicida obligatur ad pœnam arbitrariam *v.* CARPZ. *Pr. Crim. p. 1. qu. 27.* &, juxta merum jus naturale, ad damnum iis, quos occiſus, ex obligatione perfecta, alere debuit, reſarciendum *v.* PUFEND. *de J. N. G. l. 3. c. 1. §. 7.* ſed illam obligationem jure Romano ceſſare, aliqui putant THOMÆ *de nox. animal. c. 9. n. 21.* LAUTERB. *C. J. ad L. Aquil.* SCHILTER *ad ff. exerc. 19. §. 11. 12. 13.* quod tamen omnino dubium eſt, nec ex *l. 15. §. 1. l. 16. 36. §. 1. ad L. Aquil. l. 5. de his qui effud. l. 3. ſi quadrup. pauper.* probatur *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obſ. 265.*

§. 9. Jure Saxonico occiſi hæredibus, mortem ejus vindicantibus, ſolvendum eſt *Werigeldum*, quod comprehendit *viginti quatuor ſexagenas antiquas*, ſive *viginti thaleros.* Solvi autem debet integrum, ob marem occiſum, dimidium vero, ob fœminam interemtam *Landr. l. 2. art. 65. l. 3. art. 45.* CARPZ. *Pr. Crim. p. 1. qu. 34.* Licet vero Werigeldum pro multa ac pœna habeat CARPZOV. *d. l.* videtur tamen id potius ad damni reſtitutionem pertinere, ceu docet SCHILT. *ad ff. Exerc. 19. §. 14. ſeqq.* Ex quo ſequitur, quod plures occiſores unum ſaltem Werigeldum ſolvant, quod non videtur CARPZOVIO *d. qu. 34. n. 31. ſeqq.* & quod Magiſtratus, deficientibus occiſi hæredibus, Werigeldum exigere nequeat ID. *d. l. n. 63. ſeqq.*

§. 10. Homicidium dolosum est, quando *quis liquida animi destinatione alicui vitam adimit v. l. 1. §. 3. l. 7. 16. ff. l. 1. 5. C. ad L. Cornel. de sicar.* Duo ergo requiruntur (1.) *dolus* (2.) *mors, ex actu illo doloso, necessario secuta.* Dolus summatim ex eo æstimandus videtur, *si quis sponte alterius vitam impetat.* Quodsi adeo quis aliqua causa, quæ communem mortalium patientiam superat, ad factum impellatur *v. Const. Elect. 10. p. 4.* CARPZ. *p. 1. qu. 29. n. 70.* vel ejus actus, juxta id, quod plerumque fieri solet, vitam alterius non respiciat, tum dolo quid fecisse existimari nequit.

§. 11. Si tamen quis sponte aliquid faciat, ex quo mors non raro sequi solet, is, morte secuta, homicidii dolosi erit reus, licet directe alterius mortem non intenderit v. gr. si quis instrumento, ad occidendum apto, animo non occidendi, sed vulnerandi, aliquem feriat, & mors, præter ejus intentionem directam, exinde sequatur: nam sufficit, quod primum principium, plane sit voluntarium, hinc non incongrue *dolum indirectum* hic asserere licet *v. Num. 35, 18. l. 38. §. 5. de pœn. l. 15. ad L. Cornel. de Sicar. l. 1. C. eod. l. 6. C. ad L. Jul. de vi publ.* CARPZ. *Pr. Crim. qu. 1. 3.* Error quoque in persona commissus, dolum non excludit, quia saltem concomitans est *v. l. 18. §. 3. de injur. Constit. Elect. 6. p. 4.* CARPZOV. *qu. 5.*

§. 12. Deinde quoque ad homicidium requiritur, ut mors ex actu doloso sit secuta, hinc multum interest, an *vulnus sit lethale, nec ne,* nam illo casu pœna ordinaria locum habet, licet aliæ causæ concurrentes mortem promoverint, hôc vero, illa cessat. Quo igitur de qualitate vulneris constet, ejus *legitima inspectio* est instituenda juxta præscriptum *Ord. Crim. art. 149.* Opus igitur est, ut Judex, adhibitis duobus Scabinis & Actuario, nec non uno alterove Medico vel Chirurgo jurato, cadaver inspiciat, ac omnes circumstantias diligenter exploret. Quodsi vulnus, vel lethale non sit, vel saltem tale, juxta modum antea præscriptum, non appareat, pœna ordinaria cessat *v.* CARPZ. *Pr. Crim. qu. 26.*

§. 13. Homicidium committere possunt omnes, qui rationis usu non destituuntur *l. 12. ad L. Cornel. de sicar.* cujuscunque sunt conditionis *v.* CARPZOV. *qu. 2.* ob ætatem tamen, summam ebrietatem, similesve causas mitior pœna imponi solet *v. Ord. Crim. art. 164.* CARPZ.

qu.143.seqq. Perpetratur hoc crimen in quovis homine, cujuscunque conditionis aut ætatis *Gen.9, 6. l. 1. §. 2. ad L. Cornel.* nam æstimatur illud ex humanitate, quæ omnibus æqualiter competit.

§. 14. Commisso homicidio, homicida etiam dolosus, mero jure naturali, ad damnum resarciendum est obligatus *v.* PUFEND. *de J N. G. l.3. c.1. §.7.* sed illa obligatio in foro civili negligi solet, certe in Saxonia Werigeldum non exigitur *Constit. Elect. 11. p. 4.* CARPZ. *qu.34. n.42.43.* Hinc de pœna saltem quæstio est, & hodie quidem consummatum, mortis supplicio afficitur *Ord. Crim. art.137.* CARPZ *qu. 2. 24.* de jure civili attentatum quoque morte fuit punitum *l. 1. pr. ad L. Cornel.* quod ad Assassinos solum pertinuisse videtur *v.* MATTH. *de Crimin. ad L. Cornel. tit. 5. c. 1. n.3.*

§.15. Communiter autem pœna illa, ex jure divino positivo universali ac hominibus indispensabili, repetitur *Gen.9, 6.* quamvis alii dissentiant *v.* PUFENDORF *de J. N.G. l.8. c.3. §. 26.* sed veritatem sanctionis divinæ denuo asseruit DN. D. RECHENBERG *in dissertat. de jur. aggratiand. circ. homicid. negat. hab. Lips. 1702.* Illud tamen certum videtur, quod sanctio illa tantum pertineat ad homicidium vere proæreticum & dolosum, hinc, juxta regulas interpretationis restrictivæ, plures forte à pœna mortis liberari possent, quam rigidiores sæpe existimant.

§. 16. Quodsi quis aliquem lethaliter vulneraverit, alius vero eundem, occidendi proposito, statim peremerit, ambo ultimo supplicio puniendi sunt *v. l. 11. §. 3. l. 51. pr. ad L. Aquil.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 267.* is quoque qui aliquem occidi, vel saltem vulnerari mandavit, pœna mortis afficiendus est, modo mandatum efficax, cum instantia conjunctum, non vagum ac desultorium fuerit *l. 15. §. 1. ad L. Cornel. l. 5. C. de accusat. l. 11. §. 3. de injur. l. 7. §. 1. de jurisd. l. 1. §. 12. de vi & vi arm.* mandatarius quoque ultimum supplicium effugere nequit *l. 1. §. 13. de vi & vi arm. l. 12. §. 11. mand. l. 5. C. de accusat.* CARPZ. *Pr. Crim. qu. 4.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 1338.*

§. 17. Si plures unum facta conspiratione occidant, omnes ordinaria pœna sunt plectendi, nam omnium voluntate homicidium factum est. Si vero in rixa subito contingente occisio fiat, solus occisor, si de eo constet, ultimo supplicio affici debet, eruendæ veritatis

 gra-

gratiâ, ob legitima indicia, tortura adhibetur; quodsi autem occisor non possit detegi, tum omnes rixæ impliciti, extraordinarie puniuntur, nisi quis innocentiam suam doceat: Si omnes lethaliter vulneraverint, omnibus pœna mortis imponitur, nec refert, quis primum vulnus inflixerit, nam animus occidendi in omnibus fuit, & intentioni respondit exitus: Si vero singulorum vulnera mortem saltem effecerunt, tum omnes, etiam autor rixæ, extraordinarie puniuntur *v. Ord. Crim. art. 148.* CARPZ. *qu. 25.*

§. 18. Homicidium est vel *simplex*, quod nomen generis retinet, vel *qualificatum*, quod ob concurrentes quasdam circumstantias, proprium nomen recipit, ac simplici gravius crimen est. Eo pertinet (1.) *Parricidium* sive cædes personarum conjunctarum, cum variis suis speciebus *v.* CARPZ. *Pr. Crim. qu. 8. seqq.* ad quas etiam referri potest *Expositio infantum* & *Abortus procuratio.* ID. *qu. 10. 11. Decis. Saxon. 78. add.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 792. 1247.* NOODT *libr. singul. de partus expositione per tot.* (2.) *Assassinium* i. e. homicidium à conducto commissum CARPZ. *qu. 19.* (3.) *Veneficium*, interemtio veneno peracta CARPZ. *qu. 20. 21.* (4.) *Latrocinium*, quod est homicidium, spolii & lucri causa perpetratum CARPZ. *qu. 22. seqq. add.* LAUTERB. *C. J. l. 48. tit. 8. 9.*

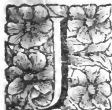
§. 19. In genere observandum, quod singula illa crimina morte coerceantur, si dolus intervenerit, mortis vero supplicium, pro ratione circumstantiarum, varie exasperetur, id quod multis referre, instituti ratio non permittit; Aliquando etiam crudelitas non probanda intercurrere videtur. Denique circa homicidium ejusque species, ac inprimis parricidium, docere solent, quod nullo tempore illa præscribantur per *l. fin. ad L. Pompej. de parricid.* quæ tamen doctrina solido satis fundamento non nititur *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 1344.* THEODORIC. *Coll. Crim. c. 7. aph. 8. n. 17.*

CAPUT

CAPUT II.
DE LIBERTATE.

SUMMARIA.

§. 1.



Uxta partitionem *c. 1. §. 2.* de hac etiam quædam dicenda erunt. Per libertatem hic non intelligimus *facultatem illam physicam*, qua mens humana gaudet, quaque actiones bonas & malas suscipit, adeo ut hæ omnes, velut liberæ, homini imputentur, sed *facultatem moralem* sive *jus*, quo sensu libertas est *jus ea faciendi, quæ leges non prohibent.* Definitionem Florentini in *l. 4. de stat. homin.* quæ ad libertatem Civilem & Romanam, frustra omnino applicatur *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 20.* rectius huc retuleris: *Est naturalis* (non physica, sed jure naturali concessa) *facultas ejus, quod cuique facere libet, nisi si quid vi* (legibus subordinata, nam injusta vis non libertatem, sed ejus exercitium saltem, per injuriam, tollit) *aut jure prohibetur.*

§. 2. Libertas *physica* est principium omnium actionum humanarum, hinc etiam actiones prohibitæ, sunt liberæ, physice scilicet, non moraliter, idem asserendum est de actionibus præceptis & honestis, nam & hæ, liberæ sunt, cum potuerint etiam omitti, ac generaliter dicendum, quod, negata libertate, omnis cesset imputatio, nec pœnis aut præmiis locus sit, quæ tamen omnia, ad vitam civilem & forum externum, referri debent, nam, an in foro interno, quoad actiones bonas, aliquod hominum sit liberum arbitrium, Theologorum est disquirere. Libertas autem *moralis* dirigit saltem actiones licitas.

§. 3. Dependet hæc libertas à *Jure naturali*, ejusque objectum, ut modo dictum, sunt *actiones licitæ*, quæ rursus varia objecta, diversa scilicet jura & res, quæ ex variis causis hominibus acquiruntur, habent, ad quæ adeo laudata libertas quoque porrigitur. Sic v. gr. ut res aliqua, tua sit, id efficit dominium, sed an jus illud cum suo objecto retinere vel alienare, eodem ita vel aliter uti velis, id omne decernit libertas. Ejus porro mensura sunt *leges divinæ* & *humanæ*, nam ea omnia facere aut omittere possumus, quæ legibus divinis, aut humanis legitimis, non prohibentur aut jubentur. Illud addendum, *actiones præceptas* quoad susceptionem, suo modo, ad libertatem quoque referri posse, nam ea, quæ facere debes, etiam potes facere.

§. 4. Sicut autem omnia jura humana sunt mutabilia, ita inprimis libertas nunc augeri, nunc restringi solet, ubi observandum, quod quædam restrictio, servitus dicatur, alia autem tam abjecto nomine non veniat, sed potius aliquando honorem addat, quod ex sequentibus magis apparebit. Intelligendæ igitur libertatis indoli, summatim homines considerandi sunt vel in *statu naturali*, in quo per naturam, seposito omni facto, existere concipiuntur, vel in *statu adventitio*, qui facto humano producitur. In illo æqualis omnium libertas, in hoc vero eadem est diversa, nam si v. gr. pacto alteri te subjicias, tua libertas imminuitur, alterius autem, propter novum objectum, augetur, quæ varietas in infinitas formas se componere potest.

§. 5. Inter status adventitios maxime eminet *Civilis*, hunc ergo quando homines suo pacto producunt, Imperantis quidem libertas summopere augetur, inprimis si unius arbitrio omne imperium committatur, hæc certe, ob amplitudinem novi objecti, tanta est, quanta in statu naturali nemini competere potest: Sed subditorum libertas valde imminuitur, nam ejus, quatenus imperio civili repugnat, faciunt jacturam, ea tamen, quæ cum existimatione humana remanet, huc libertatis nomen meretur, & dicitur *Civilis*, de qua dixi *l. 2. c. 1. §. 11.*

§. 6. Ista porro libertas civilis varie restringitur, quæ restrictiones nonnunquam *Servitutis* nomen assumunt, id quod contingit (1.) si alicui libertas in genere, cum existimatione humana, adimatur, quæ conditio inprimis servitus audit *v. d. l. 2. c. 1. §. 11. 12. 13.* observandum tamen

tamen est, quod nec, in infimæ conditionis mancipiis, omnis libertas penitus cesset, quis enim dubitet, quin, in moderandis suis actionibus, aliquo libero arbitrio fruantur servi? (2.) si quis ex pacto, viliora ministeria præstare debeat, id quod in hominibus propriis, rusticis & famulis mercenariis evenit, est tamen pactitia illa servitus præcedente lenior, & tales servi, quoad conditionem civilem, liberi sunt. *v. d. l. 2. c. 1. §. 14.*

§. 7. Porro (3.) si quis ex re sua alteri perpetuam utilitatem exhibere teneatur, quæ vulgo *servitus rerum* dicitur, sed afficit potius personas, intuitu rerum, cujus observationis usus alibi patebit. Denique (4.) Aristocratiæ & Democratiæ, aut Monarchiæ, regimine polyarchico temperatæ, *civitates liberæ* dici solent, hinc subjectio eorum, qui absoluto Monarchæ subsunt, generaliter *servitus* dicenda erit. Licet vero ista loquendi ratio, ex odio vel contemtu nonnunquam proficiscatur, attamen fundamento non plane destituitur, nam non tantum ii, qui in civitatibus polyarchicis, imperii participes sunt, sed & meri subditi, magis liberi censeri possunt subditis Monarchicis, qui sæpe ab unius hominis, imperio male abutentis, libidine pendent, quæ satis dura servitus est.

§. 8. In his, & forte aliis, exemplis, libertatis restrictio, servitus dicitur. Sed in aliis, in nomine *simplicis obligationis*, illa subsistit, aut etiam honoratiori *muneris* titulo donatur, quæ restringendi ratio, multiplex & propemodum infinita est, quoties enim tralatitium illud: *quod ab initio est voluntatis, ex post facto fit necessitatis*, locum non habet? quando aliquis pacto quid promittit, aut muneri publico admovetur, libertas antea competens tollitur.

§. 9. Quare autem jactura libertatis, hic sit tolerabilis ac abjectum servitutis nomen, in hujus generis restrictionibus, non occurrat, ejus rei ratio facile patet, nam, amissa libertas aliis commodis, salario scilicet honore vel aliis rebus acceptis, pensatur, præterea non, per longius tempus, ministeria vilia, sed vel præstationes momentaneæ vel etiam honoratæ, animi corporisve dexteritatem arguentes exhiberi debent. Ex quo etiam liquet, adeo libertatem, non semper præstare necessitate agendi, ut illa potius sæpe inutilis & ignominiosa sit, hinc etiam otiosi, validi mendicantes aliaque ejus generis inutilia terræ pondera, per ironiam *domini liberi* salutari solent.

§. 10. In-

§. 10. Inter species libertatis occurrit potissimum (1.) *libertas religionis*, hæc quidem, intuitu Dei, non datur, nam ex ejus jussu, vera religio amplectenda, & falsa fugienda est, sed inter homines, & quoad societatem civilem, illa utique asseri debet, non tamen eousque, ut per eam societates humanæ turbari queant, de quo actum *l. 2. c. 17. §. 19.* (2.) *libertas christiana*, quæ tamen diversimode accipi posse videtur.

§. 11. Vel enim eo nomine intelligitur *libertas religionis christianæ, ab imperio & coactione humana*, quo sensu, præcedentis species est: vel *libertas naturalis, quatenus per placita religionis christianæ non est restricta*, nam hoc aut illud ex libertate christiana, non repugnantibus scilicet christianæ religionis decretis, facere aut omittere posse dicimur: Vel *immunitas à jugo legis Mosaicæ*, aut *à necessitate legem implendi*, nec non, *à legis maledictione & condemnatione* quem sensum Theologi magis explicant. Aliquando etiam per abusum, eludendo legitimo imperio, libertas christiana allegatur, quando scilicet ei adversari dicitur, si Imperans, ex justis causis, circa adiaphora quid disponat.

§. 12. Pontificii jactare quoque solent (3.) *libertatem Ecclesiasticam*, quæ, in exemtione Cleri ab imperio civili, consistat *v.* BECMAN *lin. doctrin. moral. c. 6. §. 9.* sed hæc ementita libertas, ac non ferenda legitimi imperii elusio est. Rectius in hunc censum refertur (4.) *libertas œconomica*, qua quisque res & jura sua moderatur, quæque adeo circa singula jura acquirenda, retinenda vel alienanda occurrit: nam in specie omnis alienandi facultas, ab illa libertate dependet, quæ adeo non recte, à multis, dominio adscribi solet, cujus observationis sua quoque est utilitas *v.* OBSERV. PUFEND. *Obs. 312. n. 2.*

§. 13. Non ignobilis quoque species est (5.) *libertas philosophica*, qua verum, in rebus naturalibus, artificialibus & moralibus, inquirere licet, hanc enim leges divinæ permittunt, nec humanæ regulariter prohibent; Quod si vero, isto libertatis prætextu, errores perniciosi introducantur, tum isti licentiæ merito leges occurrunt, quamvis raro modus teneatur, sed sæpe magna pericula subesse fingantur ab iis, quorum interest, errores conservari, ubi tamen nihil omnino metuendum est. In specie absurdum censeri debet, si statutis Universitatum,

no-

novi Doctores in certam doctrinam vel Autorem jurare cogantur, hoc enim nihil aliud eſt, quam erroribus publicum præſtare patrocinium *add.* BECMAN. *d. l.* §. *6.*

§. 14. Sub libertate philoſophica in ſpecie continetur (6.) *Libertas Juridica,* qua, in diſciplina legum, veritatem libere inquirere, errores oppoſitos refellere, ac à quovis, ipſo etiam Legislatore, in iis, quæ ab ejus arbitrio non dependent, rationibus ſvadentibus, diſſentire, nec non abuſus, ſub juſti potiſſimum ſpecie, introductos, in ſcenam producere licet, quam *l. 1. c. 1.* §. *36. 37.* tetigi. Cæterum ſicut alias veritas odia ſolet parere, ita, cum maxima vitæ civilis ſit corruptio, vix alia magis odioſa eſt, quam illa, quæ circa legum explicationem occurrit, hinc etiam libertas, ad eam tendens, pro magno crimine ab iis, quorum artes deteguntur, haberi ſolet, quam ob rem cuivis, veritatis cupido, non tantum quid liceat ſed & quid expediat, conſiderandum erit.

§. 15. Ex dictis ergo liquet, quod libertas, ſi ob juſtas cauſas reſtringatur, merito ceſſare, è contrario autem, ſi nulla reſtrictionis faciendæ cauſa adſit, integra eſſe debeat. Sed ſæpe illa, in vita civili, non ſervantur, verum, priori caſu, libertas potius male uſurpari, poſteriori vero, premi ſolet, hinc duplicis generis oppoſita exiſtunt, *licentia* & *injuſta ſervitus,* quarum illa, *legitimæ libertatis reſtrictioni,* hæc *libertati* opponitur.

§. 16. Licentia eſt *mala diſpenſata* ſive, *contra legis prohibitionem uſurpata libertas.* Hæc inter homines eſt frequentiſſima, ac omnes eorum ſtatus, inſtigante perverſa philautia, perambulat, inprimis tamen illi, quibus pœnas humanas eludere facile eſt, ei indulgent *add.* BECMAN *d. l.* §. *10.* Injuſta autem ſervitus eſt *libertatis permiſſæ vel etiam præceptæ, inepta aut iniqua oppreſſio.*

§. 17. Eo pertinet *ſervitus ſuperſtitioſa,* quando homines, inepte ſuperſtitioſi, conſcientiis laqueum injiciunt, ac actiones indifferentes, velut illicitas, anxie fugiunt *v.* BECMAN *d. l.* §. *8.* ſed hæc forte rarior eſt: *Pedantica,* quam imperiti, defendendis erroribus ac næniis ſuis, veritatis ſtudio, autoritate etiam Imperantium, ſi fieri queat, in ſubſidium vocata, imponunt, & *Tyrannica,* qua libertas, tam in politicis, quam ſacris, ſine cauſa, vel etiam contra legis divinæ præſcriptum,

tollitur. Ex quibus quoque intelligi poteſt, quo loco *Coactio* habenda ſit; Opponitur ſcilicet aliquando licentiæ, aliquando libertati, illa, juſta, hæc, injuſta eſt.

CAPUT III.
DE EXISTIMATIONE ET INFAMIA.

SUMMARIA.

Exiſtimationis indoles & diverſitas §. 1.
Exiſtimatio ſimplex §. 2.
Et intenſiva §. 3.
Hæc iterum eſt vel ethica §. 4. 5.
Vel politica §. 6.
Quæ juxta virtutem tribui debebat §. 7.
Ei reſpondet honor, etiam coactus §. 8.
Exiſtimationi intenſivæ opponitur vulgaritas §. 9.
Simplici, ſervitus & infamia §. 10.
Hæc eſt vel infamia facti §. 11.
Quæ ob delicta §. 12.
Judicio hominum proborum adeſſe cenſetur §. 13.
Ac nullum habet alium effectum externum §. 14.
Vel juris §. 15.
Quæ à lege irrogatur immediate §. 16.
Et mediate §. 17. Inhæret delinquenti §. 18.
Ac diverſum habet effectum §. 19.
Aliquando imponenda evitatur §. 20.
Quandoque impoſita aboletur §. 21.
Hodie quoque habet uſum, ſed debebat abrogari §. 22. 23.
Levis notæ macula §. 24.

§. 1.



Equitur, juxta indicium *c. 1.* §. 2. Exiſtimatio, quæ eſt *jus, juxta quod, in vita civili, homines, inter ſe, comparari, & vel æquales vel inæquales haberi poſſunt.* Dicitur etiam *Valor*, vel *quantitas moralis*, quia homines certo modo *quantos* efficit, ſive ipſis *quantitatem* aliquam conciliat. Diſtingvitur in *ſimplicem* & *intenſivam*, quas ſpecies videtur confudiſſe JCtus in *l. 5. §. 1. de extraord. cognit.*

§. 2. Illa eſt *Valor ex proba humanitate*, ſeu *legum obſervantia*, *ad communem mortalium modum*, *facta*, *ortus*, *ob quem quis pro homine probo habetur*, *ac aptus eſt ad conſequendam dignitatem*, *aliaque jura*, *in ſocietate civili occurrentia.* Eam conſequitur *bona fama*, & juxta illam homines, qui leges obſervant, ſunt *æquales*, eademque tamdiu *durat*, quamdiu leges non enormiter violantur, cumque communis hominum probitas fere, in omiſſione delictorum, tantum conſiſtat, hinc illa merito tamdiu præſumitur, donec horum ſuſceptio, quæ facti eſt,

eſt, probetur. Aliquando *ſiniſtra opinione* exiſtimatio premitur, cui ſoli tamen cordati nihil tribuere ſolent. Simplici iſti exiſtimationi reſpondet in aliis *obligatio perfecta*, qua eum, qui nihil deliquit, pro viro bono habere, nec famæ integritatem, per injuriam, violare debent.

§. 3. Hæc eſt *Valor, quo aliis præſtamus*. Ejus fundamenta cenſentur omnia illa eſſe, quæ inſignem perfectionem & præſtantiam habent, & quidem talem, cujus effectus, cum fine legis naturalis & civitatum congruit *v.* PUFENDORF. *de J.N.G. l.8. c.8. §.12.* Enimvero ita quidem ſe res habere debebat, ſed ſemper non habet, cum non raro homines improbi magna dignitate, in vita civili, fruantur. Quamobrem, rei iſti plenius intelligendæ, omnino diſtinguendum videtur inter Exiſtimationem intenſivam, *ethicam* & *politicam*.

§. 4. Illa eſt *Valor ex præſtantia, legibus attemperata, ſeu ſubliniori virtutis exercitio ortus*. De ea recte dicitur, quod ejus fundamentum ſit, *animi vel corporis præſtantia, legibus attemperata ac attemperanda* ſeu uno nomine, *Virtus*. Sola præſtantia, in ſe ſpectata, indifferens eſt, ſi malo fine adhibeatur, non laudem ſed vituperium meretur. Iſti exiſtimationi, in aliis, reſpondet *obligatio*, qua alterum, pro homine virtuoſo, ſeu tali, qui conceſſis animi corporisque dotibus, juxta legem, recte utatur, habere debent, quæ exiſtimationis agnitio, *Honor* dicitur, cujus aperta profeſſio, *laudis*, ac ſi latius ſpargatur, *Gloriæ* nomen aſſumit.

§. 5. Iſta tamen exiſtimatio ethica eousque non extenditur, ut quis, in actibus externis, præ aliis, præcedentiam conſequatur, nam vera virtus, quæ ejus unicum eſt fundamentum, infirmitatis humanæ ſemper eſt memor, humilitati ſtudet, nec adeo externo honore extolli cupit. Præterea obſervandum, quod honor, ethicæ exiſtimationi reſpondens, nullam admittat coactionem aliaque ejus generis media, eliciendo honori adhiberi ſolita, nam vera virtus, voluntaria eſt, hinc etiam non alium honorem deſiderat, quam qui ex ſpontaneo ſinceroque affectu proficiſcatur. Ex quibus etiam ſequitur, homines vero virtuoſos, de honore & gloria conſequendis, ſeorſim & ſpecialiter non debere eſſe ſollicitos.

§. 6. Exiſtimatio intenſiva Politica, eſt *Valor ex imperio, con-*

ventione ſpeciali aut legis diſpoſitione ortus, juxta quem homines, in converſatione civili, quoad actus externos, æquales aut inæquales habentur. Hæc exiſtimatio Societates Civiles neceſſario conſequitur, ac proxime dependet ab imperio naturali vel pactitio conventionibus & lege civili, quæ ſubditis eam vel cum aliquo munere, vel ſeorſim, & quidem, ut illa vel cum perſona deſinat, vel in poſteros transmittatur, confert *v.* PUFEND. *de J. N. G. l. 8. c. 4. §. 23. ſeqq.*

§. 7. Debebat autem exiſtimatio illa, per media modo indicata, juxta exiſtimationem virtutis, quantum fieri poteſt, adeoque hominibus probis & bene meritis, ac mereri aptis, tribui, & obtenta, ad proximi utilitatem adhiberi. Sed id ſæpe negligitur, dum ſine ulla meritorum & probitatis conſideratione, non raro illa confertur, aut per largitiones, aliaque media parum honeſta, obtinetur, denique obtenta, in vanitatem & injuſtitiam, fere effunditur.

§. 8. Sed quicquid hujus ſit, acquiſitæ exiſtimationi ſive dignitati reſpondet *Honor*, quem alii, ſignis inter Gentes receptis, exhibere tenentur *v.* PUFENDORF *d. l. §. 13.* quodſi tamen exiſtimatio virtutis in altero non concurrat, honor ſincerus, ex ſerio amoris & venerationis affectu profectus, non requiritur, ſed ſufficit externus, frigidus & tantum non mortuus, hinc etiam de honore, qui exiſtimationi politicæ reſpondet, litigari poteſt, quæ litigia quoque, ſi dignitas legitime quæſita, ſine faſtu, contra aliorum contemtum, ſaltem vindicetur, reprehendi non poſſunt *v.* OBSERV. PUFEND. *Obſ. 655. ſeqq.*

§. 9. Exiſtimatio Virtutis, ad rationes fori civilis, non pertinet, ſed, inter bonos, ſtat & cadit, pro diverſo virtutis exercitio. Sed exiſtimatio intenſiva politica, aliquando ſeorſim, in ſocietate civili, amittitur, quam privationem, dicere forte poſſes *Vulgaritatem* ſeu *plebejam conditionem*, ad quam quis redigatur, licet huic etiam aliqua exiſtimatio intenſiva adhuc adhæreat. Non minus quoque Exiſtimatio ſimplex, & conſequenter etiam, ſi adſit, Exiſtimatio intenſiva politica, aliquando perit, id quod duplici modo contingit.

§. 10. Nam vel ita amittitur, ut aliquis *ne quidem pro homine habeatur*, id quod accidit mancipiis, quæ, loco exiſtimationis humanæ, pretium habent, ac brutis, certo tamen ſaltem modo, comparantur: de cætero illa privatio nullam involvit turpitudinem, ſed commiſeratio-

rationem potius meretur, imo cum regulis socialitatis satis conciliari non potest *v. l. 2. c. 1. §. 11. seqq.* vel ita alicui aufertur, *ut honestorum hominum numero quis non censeatur*, quod ob graviora delicta fit, eaque existimationis privatio, *Infamia* dicitur.

§. 11. Hæc autem duplici modo supponitur, vel pro *nuda existimationis privatione*, vel pro *macula positiva:* Illa, *infamia facti*, hæc, *Juris* dici solet, de utraque sigillatim videndum erit. Infamia facti, est *existimationis privatio, ex delictis, hominum proborum judicio, secuta, ac, emendato vitæ genere, ultro exspirans v. l. 2. de obseq. parent. l. 13. C. ex quib. caus. infam. l. 25. C. de adulter.* Eam dici *turpitudinem* censet LAUTERB. *C. J. de his qui not. infam. lit. a.* per *l. 2. C. de dignit. l. 27. C. de inoffic. testam.* sed turpitudinis vox, ibi non *distingvit*, sed *explicat*, adeoque ad infamiam juris pertinet *v. l. 56. pro soc. l. 1. 2. rer. amotar.*

§. 12. Præsupponit hæc infamia *graviora delicta*, hinc infames non sunt spurii & alii illegitimi *v. c. 5. distinct. 56. l. 7. C. de natur. liber. in med. l. 6. de decur. l. 26. de pœn.* qui bonis cedunt *l. 11. C. ex quib. caus. infam.* qui ab alio vitiatam, vel lictoris viduam ducunt *v.* CARPZ. *p. 2. C. 6. D. 14.* & *p. 1. Decis. 18.* BERLICH. *p. 2. D. 299.* lictores, excoriatores, carnifices quique cum illis comedunt CARPZ. *p. 1. Dec. 18.* RICHTER. *p. 2. Dec. 80. n. 20.* LAUTERB. *d. l.* nam hi omnes nihil deliquerunt.

§. 13. Agnoscitur autem infamia facti, *solo hominum privatorum judicio*, qui enim leges violat, pro homine probo haberi nequit, hinc etiam *emendato vitæ genere, illa ultro exspirat*, non secus ac, adveniente sole, tenebræ cessant, quamobrem infamiæ hujus non alius est effectus, quam ut homines probi, ejusmodi infamem, quamdiu flagitiosum vitæ genus sectatur, aversentur: sed incommodum aliquod, in societate civili valiturum, adeo infamia illa non operatur, ut potius ejusmodi infames, sæpe magnis fruantur honoribus.

§. 14. Quod igitur infames hos ad dignitates non admitti *l. 2. C. de dignit. c. 87. de R. J. in 6.* add. *l. 12. C. de dignit.* à collegiis opificum excludi, hæredes institutos, à fratribus querela inofficiosi repelli *l. 27. C. de inoff. testam.* non esse testes omni exceptione majores *l. 3. pr. de test.* cum aliis, censeat LAUTERB. *C. J. de his qui not. infam. lit. a. E.*

 id à

id à veritate omnino abludere, & textus citatos, male de infamia facti, accipi, arbitror *add.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 83.*

§. 15. Infamia juris, est *existimationis privatio, ob delictum, autoritate legis positivæ, ita facta, ut, emendato licet vitæ genere, macula tamen vel turpitudo semper maneat*, ex quo facile liquet, infamiam hanc, esse speciem pœnæ. Ad eam autem requiritur (1.) *turpe factum l. 5. §. 1. de extraord. cognit.* & nihil refert, lege divina, an humana illud prohibeatur *v. l. 7. C. de interd. matrim. inter. pupill. l. 35. C. locat. l. 4. 17. de excusat. tutor.* dolosum tamen esse debet *l. 6. §. fin. de his qui not. infam. §. 6. I. de suspect. tutor. j. l. 7. §. 1. ff. eod. l. 42. de pœn.* de quo etiam agit *l. 11. §. 4. de his qui not. infam.* (2.) *legis notatio l. 13. C. ex quib. caus. infam. l. 7. C. de publ. judic.* hinc nonnullæ actiones famosæ non sunt, licet dolum præsupponant *v. l. 56. pro soc. l. 2. rer. amot. l. 36. de O. & A. l. 13. de vi & vi arm.*

§. 16. Irrogatur infamia aliquando *immediate* seu *ipso jure*, quando scilicet factum est liquidum ac in sensus incurrit. Ita notantur (1.) in scenam prodeuntes lucri causa *l. 1. seqq. de his qui not. infam. add. l. 14. de pœn.* (2.) lenocinium facientes *l. 4. §. 2. d. t.* quod, juxta mores Romanos, de lenonibus professis erit accipiendum, hinc hodie per sententiam demum infamia irrogabitur *O. Crim. art. 122.* (3.) mulier libera, corpore quæstum faciens *l. 24. de his qui not. infam. l. 41. 43. de R. N.* (4.) bina sponsalia celebrantes *l. 1. l. 13. §. 2. de his qui not. infam.* aliique *v.* LAUTERB. *C. J. d. t.* CARPZ. *P. 4. C. 20. D. fin.*

§. 17. Aliquando autem infamia imponitur *mediate* per *sententiam Judicis*, quando scilicet factum est obscurum. Contingit hoc (1.) in cæteris reis delictorum publicorum, qui immediate non notantur *l. 7. de publ. judic.* (2.) in quibusdam delictis extraordinariis, ut stellionatus *l. 13. §. fin. de his qui not. infam.* prævaricationis *l. 4. §. 4. eod.* (3) delictis privatis, furti, rapinæ, injuriarum & doli *l. 4. §. 5. eod.* (4.) in actione pro socio, tutelæ, mandati & depositi *l. 6. §. 5. seqq. eod.* Quoad delicta famosa, seorsim commissa, etiam transactio privata infamiam operatur, non vero, si delictum in contractum incidat *l. 7. eod*

§. 18. Infamia personis immediate cohæret, nec ad hæredes transmittitur, hoc enim æquitas exigit *v. l. 9. de Senator. l. 26. de pœn.*

l. 2.

l. 2. §. 2. 7. de decurion. de cætero habet effectum etiam extra territorium, quia ossibus inhæret, ceu ex Frehero refert EKHOLT *ad ff. de his qui not. infam.* §.13. verum uti ratio illa, inepta est, ita nec ipsa assertio absolute procedit, nam licet ea, quæ in certo loco aguntur, alibi quoque valere quandoque debeant, de quo *l. 1. c. 10.* actum, attamen neque punientium hic interest, ut punitus, alibi quoque pro infami habeatur, nec ea intentione infamia videtur imposita, hinc in arbitrio aliorum positum est, quo loco infamia punitum habere velint.

§. 19. Effectus infamiæ est, quod quis pro homine inhonesto habeatur, hinc ad dignitates infamis non admittitur *v. l. 7. C. de profess. & med. l. 2. 12. C. de dignit. l. un. C. de infam. l. 8. C. de decur. R. I. 1512. tit. von Notarien* §. 2. repellitur à collegio senatorum & opificum CARPZ. *p. 1. Dec. 17. lib. 6. Rsp. 100.* RICHTER *p. 2. Dec. 80. n. 35.* eorum testimonia non sunt plenæ fidei *l. 3. pr. de testib. c. 54. X. de testib.* Interdum etiam infamia illa locum facit querelæ inofficiosi testamenti *l. 27. C. de inoff. testam.* ab oneribus vero immunitatem non præstat *l. un. C. de infam. l. 1. §. 6. in fin. de postul.*

§. 20. Infamia imponenda, aliquando *evitatur*, aliquando imposita *aboletur*. Prius fit, si, in causis civilibus famosis, reus, ante sententiam, debitum offerat *l. 73. de procur. l. 7. de his qui not. infam. add.* EKHOLT *ad ff.* §. 14. ZOES. *ad ff.* §. 15. *eod.* deinde si in ejusdem generis causis per procuratorem se defendat *l. 6. §. 2. eod. l. 2. de obs. parent. & patron. arg. l. 1. C. de sentent. & interloc.* quæ sanctio tamen regulis prudentiæ parum convenit. Denique, si stuprator stupratam ducat CARPZ. *l. 6. Rsp. 99.* BERLICH. *p. 2. Dec. 299. n. 7. seqq.* RICHTER *p. 2. Dec. 80. n. 18.* ex quo forte, favore nuptiarum, consequitur, quod imposita per matrimonium quoque tollatur.

§. 21. Infamia imposita aboletur (1.) per restitutionem in integrum *l. 1. §. 9. 10. de postul. l. 1. C. de sent. pass.* modo ea intentione, illa sit facta *l. 7. C. de sent. pass. l. fin. C. de gener. abolit.* (2.) certi temporis lapsu, si scilicet pœna temporalis famosa, ex causa arbitraria, imponatur *l. 3. C. ex quibus caus. infam. l. 1. C. de his qui in exil. dat. l. 13. §. 1. ad L. Cornel. de fals. l. 3. §. 1. de decur. l. 8. de postul.* secus est, si ob causam, natura sua famosam, pœna irrogetur, nam tum, pœna licet principali cessante, infamia manet *l. 5. de decur. l. 4. §. 4. de re milit.*

l. 6. C.

l. 6. C. ex quib. cauſ. infam. l. 43. §. 4. de R. N. l. 63. de furt. niſi pœna, ordinariâ ſit gravior, & ad publicam ſpectet vindictam, tum enim infamia vel evitatur, vel, tempore elapſo, tollitur *l. 13. §. p. de his qui not. infam. l. 4. C. eod. l. 15. ad municip. v.* PERETZ *ad C. de his qui in exil. dat. n. 5. ſeqq.* LAUTERB. *C. J. de his qui not. infam. lit. C.*

§. 22. An autem pœna infamiæ hodie quoque obtineat, id, ex obſervantia Regionum erit dijudicandum. In Friſia, maxime quoad injuriam, licet atrocem, eam non obſervari, teſtatur HUBER. *in Eunom. ad l. 1. de his qui not. infam. n. 2. p. 135.* Contrarium de Saxonia aſſerit CARPZ. *Pr. Crim. p. 2. qu. 94. n. 69.* ſed eum magis, ex abſtracta juris ratione, quam uſu hominum, loqui, ex *p. 3. qu. 135. n. 52.* putat HUBER. *d. l.* adducens inſuper ſententiam Scotani, hodie non tam facile ad infamiam procedi, exiſtimantis.

§. 23. Sed dubitandum non videtur, quin, in plerisque Regionibus, leves muſcæ, iſtis juris Romani ſanctionibus irretiantur, tricas tamen, quas *§. præc. n. 2.* retuli, non facile alicubi obſervatum iri putem. Interim ſicut in infamia, tam irroganda, quam tollenda aut impedienda, forte non ſatis prudenter ubique verſati ſunt Romani, ita certum videtur, quod pœna illa, quatenus vivos reſpicit, merito abrogari debeat, cum, contra legitimum pœnarum finem, delinquentes non emendet, ſed ad bene agendum reddat ineptos, ac ad majora facinora patranda diſponat.

§. 24. Cum infamia juris, convenientiam habet *levis notæ macula*, quæ eſt *inhabilitas conſequendi dignitates aliaque jura præſtantiora, ex ſordido vitæ genere, vel infelici nativitate proveniens.* Non eſt infamia, quia nullum præſupponit delictum, cum infamia tamen convenit, quod inhabilem aliquem faciat ad dignitates aliaque jura conſequenda. Macula illa laborant ſpurii *v. c. 13. X. qui fil. ſint legit.* CARPZ. *p. 3. C. 10. D. 10.* excoriatores &, quibusdam in locis, lictores CARPZ. *p. 1. D. 18.* RICHT. *p. 2. D. 80. n. 19.* add. *Ord. Polit. 1577. tit. 38. §. 1.* Effectus maculæ illius eſt, quod locum querelæ inofficioſi teſtamenti faciat *l. 27. C. de inoff. teſtam.* ac notatos ab opificum collegiis repellat *v.* RICHTER *d. l.* quamvis de jure civili ſpurii honorum ſint capaces *l. 3. §. 2. l. 6. de decurion. add.* OBSERV. LAUTERB. *Obſ. 81. ſeqq.*

CAPUT

CAPUT IV.
DE INJURIIS.

SUMMARIA.

§. 1.



Xistimatio violatur per injuriam, de qua adeo nunc merito agendum est. Est illa, *delictum in alterius contumeliam admissum*, nam injurians, quantum in se est, alterius existimationem corrumpit, utut revera alteri nihil auferat. Ex quo liquet, injuriam esse fœtum animi impotentis & iracundi, adeoque hominibus superbis, imprudentibus vilibusque valde familiarem. Dividitur (1.) à *modo committendi*, in *verbalem*, eamque vel dictam vel scriptam, & *realem v. l. 1. §. 1. l. 5. §. 9. 10. l. 15. de injur.* (2.) à *quantitate*, in *levem* & *atrocem l.* 7. §. *8. de injur. l. 10. C. de Episcop. & Cler.*

§. 2. Ad injuriam requiritur dolus i. e. liquida injuriandi voluntas *l. 3. §. 1. l. 4. de injur.* hinc eam faciunt omnes doli capaces, cujuscunque sint conditionis *v. l. 32. eod. R. I. 1550. §. wir haben 55. R. I. Spir. 1542. §. damit aber 41.* modo libere & consulto agant, hinc summe ebrii ab injuria excusantur, licet aliam pœnam mereantur CARPZ. *Pr. Crim. p. 2. qu. 96 n. 22.* idem dicendum de iratis, qui inprimis excusandi sunt, si ab injuriato ad iram sint provocati *v. l. 5. C. de injur. l. 38. §. 8. ff. l. 4. C. ad L. Jul. de adulter.* pœnitentia secuta dolum non excludit *l. 17. §. 1. de ædilit. edict. l. 65. de furt.*

§. 3. Potest etiam injuria mediate per alium fieri, quo casu mandans & mandatarius obligatur *l. 11. pr. §. 3. 4. l. 15. §. 18. de injur. l. 5.*

C. de accusat. modo mandatum executioni datum sit *v. l. 52. §. 19. de furt. l. 53. in fin. de V. S. l. 15. §. 10. de injur.* plures injuriantes tenentur singuli in solidum, adeo ut unius præstatio cæteros non liberet *l. 34. de injur.* non enim una omnium est obligatio, intuitu unius objecti constituta, sed singuli potius peculiari obligatione obstringuntur, quæ ratio valet, sive id, quod præstari debet, pro pœna, sive damni cujusdam æstimatione, habeas.

§. 4. Patiuntur injuriam omnes non consentientes *l. 1. §. 5. in fin. l. 3. §. 1. de injur.* quibus illa directe vel indirecte infertur *l. 15. §. 7. 9. l. 18. §. 3. de injur.* etiam mediate per alios, ut Pater per liberos, qui sunt in ejus potestate, eorumque uxores *l. 1. §. 3. seq. l. 18. §. 4. 5. de injur.* maritus per uxorem *d. l. 1. §. 3. l. 18. §. 4.* sponsus per sponsam *l. 15 §. 24.* hæres per defunctum *l. 1. §. 4. 6. eod.* Observandum autem est, quod *vel injuria, hisce personis illata, alios quoque tangat*, & tum, hos injuriarum agere posse, manifestum est, vel *in solis personis injuriatis subsistat*, hoc casu nihilominus laudatis personis injuriarum actio competit, sed hoc mere positivum, adeoque non temere extendendum est.

§. 5. Ergo ob injuriam, soli marito illatam, uxor agere nequit *l. 2. de injur.* nec aliud docet *l. 11. §. 8. eod.* nam loquitur de injuria, ipsi uxori immediate illata *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs.* 1225. *1226.* Idem dicendum de fratribus vel dominis, quibus ob injuriam, fratri vel famulo mercenario factam, agere non licet, nisi illa ad ipsorum contumeliam quoque pertineat *v.* CARPZ. *p.* 1. *Dec. 33.* PERETZ *ad C. de injur. n.* 12. LAUTERB. *C. J. de injur. lit. S. P.*

§. 6. Ad injuriam sufficit quodvis dictum *v. l.* 15. *§.* 21. *33. de injur.* CARPZ. 2. *Rsp.* 59. 3. *Rsp.* 62. & factum *v. l.* 1. *§.* 2. *l.* 5. *pr.* §. 1. *l.* 15. §. 1. 27. 31. *l.* 39. *l.* 1. *§. 6. l.* 13. *§. fin. l.* 19. 23. *eod.* sive natura sua aut, ex consveta impositione, injuriosum, sive indifferens, aut etiam probi sensus sit, modo animo injuriandi proferatur aut suscipiatur *l. 3. §. 1. l. 4. 5. §. 9. l. 11. 15. §. 38. eod.* nam eo deficiente, injuria non est *l. 31 §. 3. l. 13. §. 1. 6. l. 33. l. 15. §. 13. eod. v.* LAUTERB. *C. J. de injur. lit. fr. add.* OBSERV. 1227.

§. 7. In factis injuriosis, animus injuriandi præsumitur, in indifferentibus probari debet. Quodsi *natura sua injuriosum*, *verbis* et-

etiam contumeliosis, *objiciatur*, tum itidem animus injuriandi præsumitur, donec probetur contrarium, quo casu, excludendo injuriandi animo, non sufficit rei objectæ veritas *O. C. art. 110. in fin.* vel necessitas se defendendi, nam modus proferendi injuriam continet *v.* CARPZ. *p. 4. C. 42. D. 7. 8.* si autem *res injuriosa*, *verbis tamen indifferentibus & temperatis objiciatur*, tum animus quidem injuriandi, ex re injuriosa, etiam præsumitur, facilius tamen hoc casu contrarium probari potest.

§. 8. Nam veritas rei objectæ, conjuncta cum aliqua dicendi causa, animum injuriandi hic excludit *l. 18. ff. l. 5. C. de injur. vid.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 1228.* præterea aliis probationibus, tam hoc, quam altero casu, innocentia ostendi potest, v. gr. joco quid factum esse *l. 3. §. 3. de injur.* quæ si non sufficiant, juramento purgatorio juvandæ sunt *v.* CARPZ. *Pr. Crim. p. 2. qu. 97. n. 5. seqq. p. 4. C. 42. D. 9.* Quod si denique *res*, *per se non injuriosa*, *verbis indifferentibus objiciatur*, tum animus injuriandi non præsumitur, sed ab allegante probari debet, juxta consveta probandi principia *v. l. 2. 21. de probat.* de cætero etiam delatione juramenti probatio illa peragi potest *l. 5. §. 8. l. 11. §. 1. de injur. add.* LAUTERBACH. *C. J. de injur. lit. pr.*

§. 9. Per illatam injuriam existimatio injuriati non læditur, nam hæc à probitate dependet *v. l. 3. C. de injur. l. un. in fin. C. de famos. libell.* hinc etiam, salva illa, injuria expresse vel tacite potest remitti *v. Ordinat. Polit.* 1548. *tit.* 37. §. 2. *de anno 1577. tit.* 38. §. 4. *Ord. Polit. Saxon. Joh. Georg. II. tit. 21. §. 11.* CARPZ. *pr. Crim. p. 2. qu. 95. n. 90. seqq.* sinistra tamen opinio per injuriam excitari potest, quæ etiam aliquando fundamento non plane destituitur, aliquando vero apud eos saltem occurrit, qui non ratione, sed præjudiciis reguntur *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 1229. 1230.*

§. 10. Obligatur autem injurians tum ad damnum resarciendum, tum ad pœnam, quo nomine remedia *generalia*, quæ ob quamvis injuriam, & *specialia*, quæ ob quasdam solum injuriæ species, locum habent, competunt. Ad illa pertinet *Actio æstimatoria*, quæ est actio personis, prætoria §. *7. I. de injur.* rei persecutoria, adeoque, ratione finis, civilis, famosa *l. 7. pr. de injur. l. 1. de his qui not. infam.* annalis *l. 5. C. de injur. v.* CARPZ. 2. *Resp. 56. p. 2. qu. 95. n.* 35. qua agunt inju-

riam passi, non etiam hæredes, nisi lis sit cœpta, contra injuriantem, non hæredes, nisi lite mota, ad ludibrii contemtusque æstimationem, sibi adjudicandam.

§. 11. Singula hujus actionis capita passim interpretes fusius explicant *v.* CARPZ. *d. qu. 95.* LAUTERB. *C. J. de injur. lit. E.* duo saltem seorsim notare placet (1.) actionem hanc, potius esse rei persecutoriam, quam pœnalem, nam non quidem *existimatio amissa*, bene tamen *ludibrii contemtusque perpessio* æstimatur, eodem modo, quo dolor & deformitas hodie æstimari solent *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 1232.* (2.) in Saxonia Electorali, injurias verbales, scriptas & leviores reales, quæ ad jurisdictionem inferiorem spectant, anno civili (non Saxonico) præscribi, sed reales atrociores, & famosum libellum, 30. annos, annum & diem durare *v. Const. Elect. 46. p. 4.*

§. 12. Ad remedia generalia quoque spectat *Extraordinaria criminalis persecutio*, quæ est remedium, quo ob quamvis injuriam, pœna publica, vel pecuniaria, vel corporis afflictiva, aut aliquando etiam ultimum supplicium exigitur *§. 10. I. de injur. l. fin. ff. eod.* *v.* CARPZ. *Pr. Crim. qu. 94. n. 46. qu. 100.* Poterit vel per modum inquisitionis CARPZ. *qu. 96. n. 2.* vel accusationis institui, ubi quidem, à parte accusatoris, indistincte hodie admittitur procurator CARPZ. *qu. 95. n. 51.* à parte vero rei, si ad pœnam corporis afflictivam deveniri nequeat CARPZ. *d. l. n. 56. 57.*

§. 13. Tollitur hæc persecutio morte Rei, etiam lite contestata *l. 20. de accusat.* sed injuriati mors, remissio aut retorsio eam non excludit, nam pertinet ad rationes publicæ utilitatis, hinc factum privati aut casus læso accidens, illi non obest *v.* CARPZ. *qu. 97. n. 41.* Extingvitur quoque præscriptione 20. annorum, juxta regulam *l. 12. C. de fals.* nam *l. 5. C. de injur.* ob quam aliter sentit CARPZO *v. p. 4. C. 46. D. 1. n. 7. l. 2. Rsp. 110. n. 4.* BERLICH. *5. concl. 69. n. 6.* loquitur de actione æstimatoria.

§. 14. Inter specialia remedia occurrit (1.) *actio ex lege Cornelia*, qua vindicantur injuriæ reales *§. 8. I. de injur. l. 5. ff. eod.* Videtur illa saltem civiliter agi posse hinc cum æstimatoria, quoad finem, coincidit *l. 37. §. 1. de injur.* durat tamen 30. annos *l. 3. 4. C. de praescript. 30. vel 40. ann.* quia oritur ex jure civili in specie sic dicto. Olim hac actione crimi-

criminaliter tantum agi potuisse censet VINN. *ad* §. *8. I. de injur.* & LAUTERB. *C. J. de injur. lit. E.* sed uti hoc ex *l. 42.* §. *1. de procur.* non satis probatur, ita admissum, nullius usus esse cœpit, postquam generale remedium criminale fuit introductum *l. fin. de injur.*

§. 15. Porro (2.) *Actio ad Palinodiam*, quæ moribus censetur invaluisse, estque Actio personalis, rei persecutoria, adeoque civilis, CARPZ. *qu. 94. n. 50. seqq.* qua agunt injuriam verbalem, rem sua natura injuriosam & falsam, continentem, passi, non etiam hæredes, nisi post litem motam CARPZ. *p. 4. C. 42. D. 12. p. 2. qu. 96. n. 24. seqq.* contra injuriantes, non etiam hæredes, licet lis cum defuncto fuerit contestata CARPZ. *p. 4. C. 46. D. 13. qu. 96. n. 31. 32.* ad injuriæ illatæ revocationem *vid.* LAUTERB. *C. J. de injur. lit. E. add. Observat. 1234. seqq.*

§. 16. Ejusdem fere indolis (3.) est *actio ad deprecationem*, quæ itidem est actio personalis & rei persecutoria, qua injuriatus ab injuriante deprecationem atque hac ratione satisfactionem exigit. Poterit illa institui ob quamvis, etiam realem, injuriam, quo sensu generalibus remediis accensetur. Aliquando, in injuriis verbalibus, in locum actionis recantatoriæ, necessario est surroganda, si id, quod objectum est, verum sit *v.* CARPZ. *qu. 96. n. 34. 35. 38.* aliquando, pro ratione personarum & injuriarum, loco palinodiæ, deprecatio imponitur CARPZ. *qu. 94. n. 19. 77.* A deprecatione autem videtur distingvenda nuda honoris declaratio, *eine ehren-erklärunge*, quæ omnem actionem injuriarum, si à reo convento mature fiat, ac injuriæ dubiæ sint, videtur excludere *v.* CARPZ. *d. qu. 94. n. 88.*

§. 17. De concursu harum actionum, varie, pro diversis, quas circa eas fovent, hypothesibus, sentiunt. Mihi ex hactenus dictis ita pronunciandum est (1.) *actiones æstimatoria, legis Corneliæ, ad palinodiam & deprecationem, positis casibus habilibus, concurrunt elective, v.* CARPZ. *p. 2. qu. 95. n. 26. p. 4. C. 42. D. fin.* nam omnes sunt rei persecutoriæ. LAUTERBACH. *C. J. de injur. lit. SS.* æstimatoriam & recantatoriam cumulative concurrere dicit, quia illa pœnalis, hæc rei persecutoria ipsi est. DN. BERGER *in resolut. ad* LAUTERB. *d. t. qu. 2.* concursum cumulativum negat, quod utraque sit pœnalis (2.) *cum persecutione criminali actiones memoratæ concurrunt cumulative,*

illa enim pœnalis, hæ rei persecutoriæ sunt *add.* OBSERV. LAUTERB. *Observ. 1238. 1239.*

§. 18. Sunt qui actiones injuriarum plane rejiciunt, sed cum alia jura, processu privato, asserere liceat, nulla apparet ratio, cur existimatio læsa eodem medio vindicari non possit. Interim fateor, quod maximi sæpe, circa actionum illarum exercitium, occurrant abusus, ut consultius omnino sit, si, iis præcavendis, denunciatio saltem injuriatis, coercitio vero omnis Magistratui relinqueretur; Sed in Saxonia Electorali, ob injurias, regulariter inquisitio locum non habet *vid. Erörterung der Landes Gebrechen* de anno 1612. tit. *von Justitien-Sachen §. und weil beydes die rechte* CARPZ. *p. 4. C. 42. D. 4. Pr. Crim. p. 3. qu. 107. n. 34. add.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 1231.*

§. 19. Præter remedia hactenus enumerata, dantur etiam privata, quibus ipsi læsi injuriam vindicant. Eo pertinet (1.) *Retorsio*, quæ est injuriarum verbalium rejectio, in injuriantem, ab injuriato, privata auctoritate, existimationis, contra sinistram opinionem, defendendæ gratia, in continenti facta. Multi eam, jure divino & civili illicitam putant *v.* LAUTERB. *d. l.* sed si pravos affectus seponas, omnino licita censeri potest *v. Decis. Saxon. 85.* OBSERV. LAUTERB. *Obs.* 1240. 1241. Debet autem Retorsio injuriæ esse proportionata *v.* CARPZ. *p.* 4. *C.* 46. *D. 11.* & in continenti fieri *v.* LEUCHTII *Respons. Altorfin. Vol. 2. Rsp. 19.* exercita vero tollit actiones cæteras injuriarum, nam læsus sibi ipsi satisfactionem procuravit *v.* CARPZ. *qu. 97. n. 31.*

§. 20. Ad eandem classem spectat (2.) *Duellum*, quo omnis generis injuriæ vindicari solent, sed, loco satisfactionis, sæpe injuriatus vulnera aut etiam mortem reportat. Hoc medium plane illicitum, ut alibi tamen, ita in Germania quoque, valde inolitum est. Non desunt quidem leges, quæ pœnam, & nonnunquam etiam satis gravem, delinquentibus minentur, sed, causis non sublatis, reprimendo effectui, illæ non sufficiunt; tolle otium & cessabunt duella.

§. 21. Species injuriæ scriptæ est *famosus libellus*, quo, omisso auctoris nomine, delictum aliquod famosum & grave alicui objicitur, & in populum spargitur *v. O. C. art. 110.* CARPZ. *p.* 4. *C.* 44. *D.* 3. 4. *Pr. Crim. qu. 98.* CLASEN *ad Nem. Carol. art. 110.* Pœna est

est ultimum supplicium *l. un. C. de famos. libell.* sed juxta *Ordinat. Carol. art.* 110. est talio *v.* CARPZ. *p.* 4. *C.* 44. *D.* 1. verum ab illo rigore facile disceditur, imposita pœna mitiori *v.* CARPZ. *qu.* 98. *n.* 14. *seqq.* Præscribitur pœna 20. annis *l.* 12. *C. de fals.* cum illa non concurrere cumulative actionem æstimatoriam vel recantatoriam censet CARPZ. *p.* 4. *C.* 44. *D.* 5. 6. sed hoc saltem de jure Saxonico procedere videtur, ubi gravior pœna damni restitutionem absumit *v.* IDEM *qu.* 95. *n.* 25. Porro retorsioni, circa famosum libellum, non esse locum arbitratur *d. C.* 44. *D.* 7. sed sine sufficiente causa *v.* OBSERV. LAUT. *Obs.* 1242. *seqq.*

CAPUT V.
DE DOMINIO.

SUMMARIA.

Nobilissima juris rerum species est dominium §. 1.
Ejus varietas §. 2.
Subjectum §. 3. Objectum §. 4.
Quod à dominii & dominorum diversitate, varie denominatur §. 5.
Quæ res negative communes §. 6.
Sententia Romanorum, quoad mare §. 7. 8.
Modus acquirendi dominii §. 9.
Ejus varietas §. 10.
Originarie dominium acquiritur occupatione §. 11. 12.
Quæ pactum tacitum non præsupponit §. 13.
Nec simpliciter est necessaria §. 14.
Actus alii, animum acquirendi indicantes, ejusdem sunt efficaciæ §. 15.
Communio primæva non recte asseritur §. 16.
Occupatio est principalis vel accessoria §. 17. 18. 19.
Ad modos derivativos pertinet traditio §. 20.
Ejus præsupposita §. 21.
Jure naturali præcise illa non requiritur §. 22.
Modus derivativus civilis est usucapio §. 23.
Ejus requisita §. 24.
Accessio non est modus acquirendi, sed saltem acquisitionis occasio §. 25.
Nam, ea interveniente, est communio §. 26.
Quæ pacto vel lege solvitur §. 27.
Specificationis indoles §. 28.
Nova species domino materiæ §. 29.
Aliquando specificanti adjudicatur §. 30. 31.
Communio adjunctione introducta quomodo solvatur §. 32.
Adjungens pretium solvit §. 33.
Confusio introducit communionem §. 34.
Ejus solvendæ modus §. 35.
In commixtione idem juris est, quod in confusione §. 36.
Circa ædificationem, pro casuum diversitate, diversum jus est §. 37. 38. 39. 40.
Quod fere etiam circa plantationem §. 41. 42.
Et sationem observatur §. 43.
Sanctio juris Romani quoad scripturam, non satis æqua videtur §. 44.
Circa picturam Romani dissenserunt §. 45.
Aliquando dominus tabulæ pictori præfertur §. 46.

§. 1. Ac-

§. 1.



ACcedendum eſt, ex monito *c. 1. §. 2.* ad Jus Rerum, ejusque ſpecies plenius nunc conſiderandæ ſunt, Illarum nobiliſſima eſt *Dominium*, quo nomine tamen aliquando imperium *l. 9. ad L. Rhod. de jact. l. 195. §. 2. de V. S.* aliquando reverentia & honor *l. 37. §. 5. l. 41. pr. de Legat. 3.* aliquando propietas generalius ſuppoſita *l. 70. §. 1. de V. S. l. 13. de A. R. D.* notatur, ſed hoc loco dominium eſt *Jus reale, ob quod, ad pleniſſimum utendi effectum, res corporalis noſtra eſt. vid.* OBSERV. LAUTERB. *Obſ. 1058.*

§. 2. Poterit illud potiſſimum diſtingvi (1.) à *duratione*, in *irrevocabile*, quod à domino invito, alius, ex ſuo jure, avocare nequit, quale regulariter quodvis dominium eſt, & *revocabile*, quod alius ex ſuo jure avocare poteſt, id quod lege, pacto vel teſtamento aliquando conſtituitur (2.) ab *exercitio*, in *abſolutum*, quo quis ſuo judicio & arbitratu utitur, & *reſtrictum* ſeu *limitatum*, quod, judicio aliorum, exercendum eſt, id quod circa pupillos ſimilesque perſonas accidit (3.) à *partibus ſuis*, in *plenum*, quod omnibus partibus conſtat, ac pleno adeo gaudet effectu, & *minus plenum*, cujus partes ſeparatæ, ac in diverſas perſonas diſtributæ ſunt, ejusque ſpecies ſunt dominium *directum* & *utile*, quas ſuo loco explicabimus.

§. 3. Competit dominium *Hominibus*, ubi nihil refert, ſive *integra ratione illi gaudeant*, ſive *ejus defectum patiantur*, nam his prudentiores accedunt, quorum judicio dominium acquiri, ſuſtineri & exerceri ſolet. Porro nihil intereſt, ſive *jam exiſtant*, ſive *in utero adhuc lateant*, nam ne his dominium, aliorum voluntate legitime deſtinatum, intercipiant alii, ex communibus ſocialitatis regulis, facile intelligitur. Denique nihil refert ſive ſint homines *ſingulares*, ſive *plures*, iique vel *ſola rerum communione conjuncti*, quales ſunt v. gr. cohæredes, vel *inſuper, in ſpecialem ſocietatem collecti*, ex qua conjunctione arctiori, oriuntur *perſonæ myſticæ*, ſive *morales compoſitæ*, quales ſunt Reſpublicæ, municipia, pagi, Academiæ, Eccleſiæ parochiales, Noſocomia, opificum collegia, ejusque generis aliæ.

§. 4. Dominio humano ſubjici poſſunt *omnes res corporales, quarum uſus omnibus non ſufficit, ac cuſtodia uni perſonæ, ſingulari aut com-*

composita, est possibilis, nam si res sit usus inexhausti, ac ejus custodia, morali æstimatione, impossibilis, tum stolide & improbe ejus dominium quis affectaverit, cum potius illa, in eo statu, ex præscripto juris naturalis, sit relinquenda, ut omnium usibus promiscue pateat. De cætero nihil interest, sive res sint *mobiles*, sive *immobiles*, *fungibiles* vel *non fungibiles*, quamvis nonnunquam, in civitatibus, aliquarum commercium lex civilis privatis auferat, quo ipso adeo exceptio vel limitatio introducitur.

§. 5. Solent autem res, à *relatione ad dominium & dominos*, diversas sortiri denominationes. Si res aliqua ita comparata sit, ut in dominium redigi non debeat, tum poterit dici, *universaliter & negative communis*: si in dominio quidem nondum sit, esse tamen possit, dicitur *nullius*: si in dominio existat, est *publica*, quæ ad Rempublicam pertinet, vel *privata*, quæ ad privatos spectat, quæque iterum, pro dominorum diversitate, *singularis*, *communis* aut *universitatis* dici potest. Romani JCti & interpretes, plerasque illas denominationes, ex lubricis falsisque hypothesibus, repetunt, ceu jam *l. 1. c. 11. §. 36.* admonitum.

§. 6. Uti autem de diversis dominiorum speciebus, rebusque, quæ illis subjiciuntur, in locis propriis, agendum erit, ita hic breviter expediendum, *quænam res negative sint communes?* Aër, aqua profluens, lumen calorque solis communiter in illam classem referuntur, quamvis nihil obstare videatur, quo minus illarum rerum, quatenus nostris continentur, dominium asseramus, ut tamen usum innoxium, ex lege humanitatis, aliis concedere debeamus *v.* PUFENDORF. *de J. N. G. l. 3. c. 3. §. 4.* Vastus Oceanus, à terra satis remotus, etiam pro re negative communi, haberi debet, sed mare, quod regiones alluit, cum littoribus, imo aliqua etiam exteri maris pars, dominio Rerumpublicarum, recte subjicitur *v.* PUFEND. *de J. N. G. l. 4. c. 5. §. 5. seqq.* DISSERT. *sub meo ductu hab. Lips. 1704. de domin. in reb. occupat. ultr. possess. durante §. 42. 43. 44.*

§. 7. Romanorum, de dominio maris, sententia, non satis est expedita, nam illud, *commune* quidem dicunt *§. 1. I. de R. D. l. 2. §. 1. l. 4. de D. R. l. 3. §. 1. ne quid in loc. publ. l. 13. comm. prædior. l. 13. §. ult. de injur.* sed tamen ejus *dominium*, qua *publicum*, qua *privatum* non obscure quoque

Tt agno-

agnoscere videntur *l. 14. de injur. l. pen. de R. D. l. 14. de A. R. D. l. 5. §. 1. l. 6. de R. D. l. 3. ne quid in loc. publ. l. 24. de damn. infect. l. 50. de A. R. D. l. 3. §. 1. l. 4. ne quid in loc. publ. l. 13. §. fin. de injur. l. 2. §. 8. 9. ne quid in loc. publ. l. 1. §. 17. de flum. l. 45. de usurpat. l. 7. de div. tempor. præscript.* Sed probabile est, quod illi totum mare, rem negative communem, crediderint, partium vero occupatarum non dominium, sed usum saltem temporarium, amissa possessione, exspiraturum, potissimum asseruerint.

§. 8. Nam id ex *l. 4. de D. R. l. 13. comm. præd. l. 2. §. 8. l. 3. §. 1. l. 4. ne quid in loc. publ. l. 24. de damn. infect. l. 1. §. 17. de flum. l. 45. de usurp. l. 7. de diverſ. tempor. præscript.* ac inprimis ex *l. 13. §. fin. de injur. l. 2. §. 9. ne quid in loc. publ.* liquere videtur. Atque in eundem sensum *l. 5. §. 1. l. 6. de D. R. l. 14. 50. de A. R. D.* commode accipi possunt, etsi verba nimis captata repugnent. Quia tamen illa sententia, qua generaliter mare, res communis esse perhibetur, necessaria ratione non nititur, sed à veritate potius abhorret, ceu §. 6. diximus, ideo facile aliqua variatio Romanis obrepere potuit, ut nonnunquam verum maris dominium illi agnoverint, quo referas *l. pen. de D. R. l. 3. pr. ne quid in loc. publ. l. 14. de injur. v.* DISSERT. *de domin. in R. O. U. P. durant. §. 35. 36. 37.*

§. 9. De *modis*, quibus dominium acquiratur, multiplex Scriptorum est dissensio, sive tractationem ipsam, sive tractandi ordinem consideres. Quid veritati maxime convenire mihi videatur, exponam securus, an illud aliorum doctrinæ conveniat, nec ne. Per *modum* hic intelligitur *factum, quo mediante, dominium, ex præscripto legis vel naturalis, vel civilis, acquiritur.* Ejus discrimen à *Titulo*, ut &, quousque in acquisitione dominii, illi concurrere soleant, ostendi *l. 2. c. 4. §. 41.*

§. 10. Tripliciter autem Modi acquirendi dominii distingvi possunt (1) ratione *dominii*, in *originarios*, qui in rebus nullius, dominium de novo constituunt & *derivativos*, qui constitutum transferunt (2.) *rei*, in *principales*, quibus res per se subsistens, & *accessorios*, quibus res aliis accedens acquiritur (3.) *Legis*, in *naturales*, qui quoad res nullius, solo acquirentis, quoad res vero alicujus, mutuo transferentis & acquirentis consensu constant, ac, ex juris naturalis decreto, dominium

nium constituunt, *Civiles*, qui sine consensu domini speciali, ex legis civilis præscripto, dominium transferunt & *mixtos*, ubi consensu quidem mutuo dominium transfertur, sed, in modo consentiendi, sanctio legis positivæ occurrit, hi tamen potius naturalibus, quam civilibus modis, annumerandi sunt.

§. 11. Dominium *originarie* acquiritur per *Occupationem*, quæ est *rei nullius, animo habendi, facta apprehensio.* Ejus itaque objectum sunt *res nullius* seu *vacuæ*, i. e. quæ à Deo & natura, dominio destinatæ, sed ei nondum subjectæ sunt, aut in quibus dominium constitutum, voluntaria derelictione, est iterum extinctum. Quamdiu igitur res aliqua, *nullius* est, tamdiu pro objecto occupationis recte habetur, sed si statum suum mutet, ac *alicujus* esse incipiat, tum per occupationem amplius acquiri nequit.

§. 12. Prudenter igitur status cujusque rei æstimandus est, nec enim, si res aliqua, jam nullius est, ideo semper talis censeri potest, qua in re Romani nonnunquam lapsi sunt, dum res in littore maris repertas *l. 3. de D. R. §. 18. I. de R. D.* thesaurum *l. 31. §. 1. de A. R. D.* & inprimis feras bestias *l. 1. §. 1. l. 3. de A. R. D.* in civitate, pro rebus nullius habuerunt, hinc etiam eorum tradita, fere nullius in Germania sunt usus, de quo alibi plenius videbimus.

§. 13. Illud autem ex ratione facile constat, Deum voluisse, ut res in medio expositæ sive nullius, per occupationem dominio subjicerentur, & quidem ita, prout regulæ socialitatis id exposcunt, hinc neutiquam fas fuerit, si quis omnia sibi velit asserere. Quodsi autem quis in occupando modum teneat, tum laudata Dei ordinatio, occupationi vim acquirendi conciliat, adeo ut non opus sit, cæterorum consensum, eo fine præsumere, aut generale aliquod generis humani pactum comminisci, eidemque substernere, prius enim non necessarium, posterius vero insuper fabulosum est.

§. 14. Id quoque observandum, occupationem, ad acquirendum dominium, non *simpliciter*, sed saltem *ut medium, acquisituri voluntatem aliis indicandi*, requiri, hinc alii actus, æque voluntatem indicantes, ejusdem, cum occupatione, sunt efficaciæ. Vulneratio igitur & persecutio, perinde præstat dominium feræ (posito, quod sit nullius) ac occupatio *l. 5. §. 1. de A. R. D.* contraria sententia, quæ

apud Romanos prævaluit §.13. *I. d. R. D.* ad jus positivum pertinet. Pisces, qui in stagno sunt, aut feræ, quæ in sylvis circumseptis vagantur, naturaliter nostræ sunt GROT. *de J. B. P. l. 2. c. 8. §. 2.* Sententia NERVÆ *in l. 3. §. 14. de A. A. P.* aliis licet pro naturali habita *v.* ZIEGLER *in not. ad Grot. d. l.* PUFENDORF. *d. J. N. G. l. 4. c. 6. §. 11.* itidem ad jus positivum referri debet.

§. 15. Porro occupatio, præ aliis actibus, animum habendi indicantibus, ut visu, jaculi emissione similibusque naturaliter nullam habet prærogativam, hinc si plures, circa rem acquirendam, concurrant, nec visus, nec occupatio, nec jaculi emissio, dominium uni tribuit, sed illa potius omnibus est communis, licet alii aliter sentiant *v.* PUFENDORF *l. 4. c. 6. §. 8.* Denique hodie dominium ferarum, in Territorio existentium, ante occupationem, recte Reipublicæ & Imperanti tribuitur, quamvis, ob non satis intellectam occupationis indolem, hic quoque dissentiat PUFENDORF *d. c. 6. §. 7. vid.* DISSERT. *de domin. in r. o. u. p. durant. §. 18. 19. 20.*

§. 16. Uti autem, per occupationem, res dominio humano sunt subjectæ, ita de eo quæri solet, *an primi mortales res communiter sibi asseruerint ac, ad aliquod tempus, in communione vixerint?* Sunt sane, qui communionem vel *positivam* vel *negativam* commenti sunt, sed magis probabile est, quod etiam primi mortales, ex rebus in medio expositis, statim sibi quasdam asseruerint, ac dominio singulari subjecerint, adeo ut, multiplicatis hominibus, si non omnes, certe pleræque res nullius, sensim in dominium sint redactæ, & communio aliqua universalis nunquam exstiterit *v.* OBSERV. PUFEND. *Obs. 277. seqq.*

§. 17. Occupatio est vel *principalis*, qua res per se subsistens acquiritur, cujus varia possunt esse exempla, circa quæ tamen semper cavendum est, ne rem, quæ alicujus est, pro re nullius habeamus, juxta monitum *§. 11. 12.* vel *accessoria*, qua res nullius, alii accedens, acquiritur. Hæc etiam occurrit (1.) in fœtura animalium §. *19. I. de R. D. l. 2. 6. de A. R. D.* modo utrumque animal nostrum sit, aut alterius dominus, in acquisitionem consentiat; sanctio *l. 5. §. 2. R. V. l. 7. C. eod.* positiva est (2.) in alluvione §. *20. I. de R. D. l. 7. §. 1. de A. R. D.* (3.) adjectione terræ, cum coalitione, conjuncta §. *21. I. de R. D. l. 7.*

§. 2.

§. 2. de A. R. D. l. 9. §. 2. de damn. infect. nam dominus prior, post tantum tempus, censetur rem suam dereliquisse; aliquando tamen æquum est, ut ei pretium rei amissæ solvatur *l. 5. §. 3. de R. V.*

§. 18. Porro plerumque occupatio accessoria occurrit (4.) in nativitate insulæ *§. 22. I. de R. D. l. 7. §. 3. l. 29. 30. 56. de A. R. D. Landrecht l. 2. art. 56.* CARPZ. *p. 3. C. 31. D. 12.* (5.) in alveo derelicto *§. 23. I. de R. D. l. 7. §. 5. de A. R. D.* CARPZ. *d. l. D. 14.* Quodsi flumen, per alterius agrum, novum alveum efficiat, eumque iterum derelinquat, domino priori, si de eo constet, ille reddendus erit. Sanctio juris Romani, quæ vicinis eum adjudicat *l. 7. §. 5. l. 30. §. 3. l. 38. de A. R. D. l. 23. quib. mod. ususfr. amitt.* iniqua est, & jure Saxonico *Landr. l. 2. art. 56.* verbis: *bricht er aber wieder*, improbari videtur.

§. 19. Sicut autem, in omnibus illis exemplis, acquisitio dominii, ab occupatione, minimum tacita, dependet, ita, circa ea, probe considerandum est, quis sit dominus rei principalis, nam si ejus dominium, ad privatum pertineat, tum ipsi quoque res accessoria acquiritur, id quod plerumque jure Romano contingit, non tamen semper *v. l. 16. l. 65. §. 2. 4. de A. R. D. l. 1. §. 6. de flumin.* si vero ad Rempublicam dominium rei principalis spectet, tum ei quoque res accessoria acquiritur, id quod, juxta leges Germanicas, sæpe obtinet *v.* GRYPHIAND. *de insul. c. 11.* VITRIAR. *I. J. P. l. 3. tit. 18. §. 38.* Quodsi denique nulla res principalis adsit, cui altera, v. gr. alveus derelictus, accedat, tum principali occupatione, primo occupanti acquiritur *l. 1. §. 7. de flum. l. 7. §. 3. de A. R. D.* sed hic casus, juxta veras hypotheses, raro extiterit.

§. 20. Modi *derivativi*, vel sunt *naturales* aut minimum *mixti*, vel *mere civiles*. Naturaliter dominia constituta transferuntur per *Traditionem*, cujus indolem in genere exposui *l. 2. c. 4. §. 35. seqq.* Hic est *rei corporalis, ad consequendum dominium, facta præstatio.* Quo autem illum effectum operetur, *justus titulus* i. e. *consensus, de dominio transferendo & acquirendo, verus & serius, adeoque personas & res habiles, ut & non impedita consentiendi principia præsupponens*, eam præcedere, concomitari aut consequi debet *v. l. 31. de A. R. D.* Titulus erroneus non sufficit, nisi legis positivæ autoritas accedat *vid.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 1015.*

 §. 21. Præ-

§. 21. Præterea velut *conditio sine qua non*, requiritur, ut res tradenda, *vacua sit à possessore civili v. l. 50. de R. V. l. 20. de A. R. D. l. 3. §. 7. de A. A. P.* nam si alius, animo domini, rem possideat, is faciendæ traditioni resistet, imo, sua possessione, jus tradituri dubium reddet: Ut vero res, ab alia possessione naturali, vel detentione, etiam si vacua, hactenus non requiritur *v. l. 8. de A. E. V.* quodsi tamen res plane libera promissa sit, tum, fidem datam servari, par est *l. 2. §. 1. l. 8. §. 1. de A. E. V.* Cæterum de ipsis titulis, ut & habilitate personarum & rerum hic agendum non est, nam generalis pactorum doctrina præsupponitur, de variis vero illorum speciebus, suo loco agendum erit.

§. 22. Sicut autem dubio procul naturale est, ut dominium rei, ex habili titulo traditæ, transferatur *§. 40. I. de R. D.* ita nihilominus certum est, quod, mero jure naturali, traditio præcise non requiratur, hæc enim necessitas demonstrari nequit, hinc, solo etiam consensu, naturaliter dominia transferri possunt. Ad jus igitur positivum necessitas traditionis, & regula *l. 20. C. de pact.* inculcata, pertinet, quod etiam eam aliquando remittit, ut in ultimis voluntatibus *l. 1. §. 2. l. 2. de publ. in rem action.* aliquando traditionem judicialem requirit *v. Decis. Saxon. 61. add.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 1014.* Interim alii aliter de traditionis necessitate sentiunt *v.* KULPIS *Colleg. Grot. disp. 5.*

§. 23. Modus derivativus mere Civilis, est *Usucapio*, quæ definitur in *l. 3. de Usurp.* sed insufficienter, plenius sic dici potest: Est *Actus, quo, ob possessionem aliaque requisita, quis alterius dominium vel ejus partem, sine speciali domini prioris consensu, autoritate legis positivæ, consequitur.* Ad ejus requisita intelligenda duo casus debent distingvi, vel enim (1.) *quis in conditione præscribendi per tertium constituitur*, vel (2.) *præscripturus ipse, contra alterum directe præscriptionem inchoat.*

§. 24. Primo casu quinque requisita, nempe *justus titulus, bona fides, possessio, res habilis* & *lapsus temporis*, sunt necessaria, quæ pluribus exposita *l. 2. c. 9. §. 11. seqq.* Secundo autem, *rei habilitas possessio* & *lapsus temporis* saltem requiruntur, etsi nonnulli etiam *titulum* communiter vero *bonam fidem* quoque exigant, de quo actum *d. c. 9. §. 30. seqq.* De cætero secundi casus exempla sunt, si quis in re alterius, domi-

dominium directum aut utile præscribere, vel, diviso jam dominio, dominus directus, utile, vel utilis, directum dominium usucapere intendat *add.* OBSERV. LAUTERB. *Obs.* 1034.

§. 25. In universum igitur Occupatione, Traditione & Usucapione dominia acquiruntur. Sed vulgo plures alii modi, Specificatio, Intextura, vel adjunctio, Confusio, Commixtio, Inædificatio, Plantatio, Satio, Scriptura, Pictura similesque *v. l. 27. de A. R. D.* laudari, iique generali *accessionis industrialis* nomine comprehendi solent. Enimvero, si res penitius consideretur, accessio illa, non est *modus acquirendi*, sed saltem *acquisitionis occasio*, ex qua dominii translatio, vel voluntate partium, vel autoritate legis positivæ, aliquando oritur.

§. 26. Nimirum, facta illa accessione, naturaliter est communio, quamdiu voluntas transferendi dominii deficit, ceu recte docuit GROTIUS *de J.B.P. l. 2. c. 8.* nam sine consensu, dominium rei suæ aut operarum impensarum, naturaliter nemo amittit. Illud vero, retundendis nonnullorum, qui hic contradicunt *v.* VINN. *in comment. ad l. §. 25. de R. D. n.* 4. argutiis, notandum, quod non intelligatur *communio propria*, seu *unum dominium commune*, quo omnes & singulæ partes sint communicatæ *v. l. 5. de stipul. serv.* sed *impropria*, seu *dominium duorum pluriumve combinatum*, quo, ob rerum cohærentiam, totum corpus ad plures pertinet, licet unusquisque rei suæ maneat dominus *v. l. 5. pr. §. 1. de R.V.*

§. 27. Posita autem illa rerum conjunctione, aliquando res separantur, & sua cuique restituitur, quo casu adeo nulla dominii mutatio accidit; aliquando vero illa, est mutandi transferendique dominii occasio, dum uni totum corpus adjudicatur, præstita alteri, pro ratione circumstantiarum, satisfactione. Hoc autem dirimendæ communionis negotium, uti optime voluntate eorum, quorum interest, perfici potest, ita, iis dissentientibus, modum lex positiva definire solet. Atque eo omnino referri debent sanctiones juris Romani, quamvis illæ nonnunquam tricis laborent, nec satis certæ aut æquæ sint, ut sæpe facilius, juxta solam æquitatem, quam decreta juris Romani, communio solvi queat *add.* OBSERV. LAUT. *Obs.* 1018.

§. 28. Videamus de singulis specialius. Specificatio hic est *novæ speciei ex materia praeexistente, vel in totum, vel pro parte, aliena,* con-

antea expoſita, commode adhiberi nequit, licet enim ſpecies ſit reducibilis, attamen dominus materiæ, in ſolidum eam aſſerere ſibi non poſſet, adeoque maneret communio, quæ tamen tollenda eſt: Neque etiam regula *d. l. 78. §. 4. de Legat. 3.* adeo invicta eſt, ut non aliquam pati poſſit limitationem.

§. 32. Circa adjunctionem ac in ſpecie intexturam, hac regula rem dirimunt Romani, quod *acceſſorium ſequatur principale l. 23. §. 2. de R. V. l. 7. §. 2. ad exhib. l. 26. §. 1. de A. R. D. §. 26. I. de R. D.* ſed non univerſaliter hoc procedit, verum omnino diſtingvendum, utrum *res commode ſeparari queant*, tum unicuique ſua reſtituitur, quod per otioſas ambages docuerunt *l. 6. 7. §. 1. 2. ad exhib. l. 23. §. 5. de R. V.* an vero *ſeparari non poſſint*, tum aliquando utriusque æquale jus eſt *l. 27. §. 2. de A. R. D.* quo caſu adeo vel conventione, vel ſorte, vel autoritate judicis communio erit ſolvenda: plerumque vero domino rei principalis, totum cedit.

§. 33. Tum vero domino priori, competit actio in factum, ad pretium rei ſuæ conſequendum *l. 23. §. 5. de R. V.* ſi alter bona fide, rei ſuæ majori, eam adjunxerit. Idem dicendum erit, ſi ſimplici mala fide, ſeu ſcientia, adjunctionem perfecerit; ſi autem rem alterius furatus ſit, tum contra eum datur condictio furtiva, & contra tertium, condictio ſine cauſa. quæ tamen rei æſtimationem ſaltem etiam perſequuntur eo caſu, quem hic reſpicimus, quo ſcilicet, res adjuncta, utiliter ſeparari nequit. Præterea fur etiam puniendus eſt, hinc actio furti contra ipſum competit *§. 26. I. de R. D.* quæ hodie in genere ceſſat, ut alibi videbimus.

§. 34. Confuſio eſt *materiarum liquidarum, vel liquefactarum conjunctio.* Fit eadem vel *voluntate utriusque domini*, & tum oritur communio propria, etiamſi in ſpecificationem res incidat *§. 27. I. de R. D. l. 7. §. 8. de A. R. D.* vel *ſine mutuo conſenſu*, ubi intereſt, *utrum ſpecies nova exiſtat*, hæc ſpecificanti adjudicatur *l. 5. §. 1. de R. V.* an vero *ſimplex adſit confuſio*, hoc caſu communio impropria, ex ſola rerum cohærentia, exiſtit, & nihil refert, ſine confuſio caſu, ſive voluntate unius, facta ſit, ſive materiæ ſeparari queant, ſive non *l. 3. §. 2. l. 5. §. 1. de R. V.* de qua communione impropria, etiam accipi debet *§. 27. in fin. I. de R. D.*

§. 35. Hactenus ergo, quatenus communionem propriam vel impropriam asserunt, naturalem philosophiam sectantur JCti. Eam vero sic solvi præcipiunt, ut in casu communionis propriæ, *actionem communi dividundo*, impropriæ autem, *rei vindicationem* concedant, *d. l. 3. §. 2. l. 5. §. 1. de R. V.* in qua nominum diversitate, salus Græciæ sita non est, nam utriusque actionis idem est exitus, si enim materiæ separari queant, sua cuique restituitur, si non, habita quantitatis & qualitatis ratione, unicuique satis fit. In eo vero non satis videntur consensisse JCti, quæ materiæ separabiles sint necne *v. l. 5. §. 1. de R. V. l. 12. §. 1. de A. R. D.* GROT. *de J. B. P. l. 2. c. 8. §. 21.* ZIEGL. *ad Grot. d. l.* sed dissensus innoxius est, cum ea res judicio artificum, non JCtorum definienda sit.

§. 36. Commixtio est *rerum aridarum conjunctio.* Fit illa vel *dominorum consensu*, & oritur communio propria, vel sine *eorum voluntate*, tum quidem non propria, bene tamen impropria existit. Illo casu *actione communi dividundo*, hoc, *rei vindicatione* communio solvitur *§. 28. I. de R. D. l. 5. pr. de R. V.* circa quarum exitum repetenda, quæ modo, circa confusionem, diximus. Nihil, in hoc exemplo, Romanum est, nisi diversa actionum denominatio, quo invento hodie facile carere possumus.

§. 37. Circa ædificationem diversi casus sunt distingvendi. Si enim quis (1.) *in suo solo, ex materia aliena ædificet*, tum domino soli ædificium adjudicatur *l. 7. §. 10. de A. R. D. l. 2. C. de R. V. §. 29. I. de R. D.* dominus vero materiæ, consequitur ejus pretium, si eo sciente ædificatum sit *l. 63. de donat. inter vir. & uxor.* si vero, illo ignorante, tum actione de tigno juncto, exigit duplum, sive alter bona, sive mala fide ædificaverit *d. §. 29. I. de R. D. l. 23. §. 6. de R. V.* ultimo tamen casu, poterit dominus materiæ, etiam rei vindicatione petere æstimationem, jurejurando in litem definiendam, quæ duplum excedere potest *d. l. 23. §. 6. de R. V.*

§. 38. Quod si ædificium dirutum sit, rudera peti possunt, modo b. f. ædificans, duplum nondum præstiterit, m. f. ædificantem illa præstatio non juvat *l. 23. §. fin. de R. V. l. 7. §. 10. 11. de A. R. D. l. 2. de tign. junct. §. 29. in fin. I. de R. D.* Sed illa Romana hodie nullius vel exigui sunt usus: Satis est, si domino materiæ, justa æstimatio solvatur, quod-

quodsi insuper ædificans deliquerit (quale delictum, in simplici mala fide, non est) tum à Magistratu merito punitur *v.* STRUV. *J.F.R.G. l.2. tit.1. §.48.* Hinc etiam controversiæ, de indole actionis de tigno juncto, hodie otiosæ sunt *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 1206. seqq.* Rudera, nondum obtenta satisfactione, etiam hodie, in subsidium peti posse, non negem, sed uti illa satisfactio est satis macilenta, ita ejus exemplum forte nondum in Germania exstitit.

§. 39. Si quis (2.) *in solo alieno, ex materia aliena, ædificaverit,* tum dominus soli, ædificium consequitur, qui tamen, juxta æquitatem, domino materiæ satisfacere debet, quod frustra à nonnullis negatur *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 1019. 1213.* Si (3.) *in solo suo, ex materia propria, quis ædificet,* tum de acquisitione nullum est dubium. Si denique (4.) in *solo alieno, ex sua materia, quis ædificium posuerit,* domino soli illud quoque adjudicatur *l. 7. §. 12. l. 28. de A.R.D. l. 16. C. de R. V.*

§. 40. Ei tamen, qui bona fide ædificavit, si in possessione sit, datur *exceptio*, qua materiæ & operarum æstimationem consequatur *d. ll.* imo *actio* quoque, juxta æquitatem, ei est afferenda, nec refragatur jus Romanum, nam, ex ejus hypothesibus, actio negotiorum gestorum *l. 6. §. 3. l. fin. de N.G. l. fin. §. 1. C. de hæred. petit. l. 32. de R.C.* actio in factum *l. 23. § 5. de R.V.* aut condictio indebiti *l. 40. §. 1. de condict. indeb.* illi recte tribuitur. Male fidei ædificator nullum jus habere censetur, cum alteri suum donaverit *§. 30. I. de R.D.* sed ista donationis conjectura, ita simpliciter non est admittenda *l. 2. C. de R. V. l. 15. de usufr. l. 45. de donat. inter vir. & uxor. l. 43. §. 1. de Legat. 1.* hinc si liquido satis, de animo donandi non constet, *exceptio* & *actio*, minimum ad effectum tollendi ædificium *l. 37. ff. l. 2. 5. C. de R.V.* ei quoque erit afferenda *v.* LAUTERB. *C. J. de A.R.D.*

§. 41. Circa plantationem, duo potissimum casus sunt secernendi, nam si quis (1.) *in suo solo, alienam plantam, vel arborem posuerit,* tum, *si illa nondum radices egerit*, domino erit restituenda, si vero *cum terra coaluerit*, ejus dominium domino soli simpliciter adjudicatur, adeo ut ne erutam quidem dominus prior repetere possit *l. 26. §. 2. de A. R. D.* ratio tamen, ex qua hoc asseritur, *quod alio terræ alimento, alia facta sit*, non est necessaria, inprimis iniquum fuerit, si à fure eam

domino vindicare non liceret. Hoc certum, quod, omni casu, domino priori pretium ejus sit solvendum, quo forte referri debet *l. 5. §. 3. de R. V.*

§. 42. Si autem (2.) *quis in alieno solo plantam suam posuerit*, tum, nondum facta coalitione, ponens eam repetere potest, post coalitionem vero, domino soli illa acquiritur, qui tamen plantanti, sive bona, sive mala fide id fecerit, pretium præstare debet, nisi ultimo casu donatio accesserit. Arbor in alienum solum radices ultro immittens, vel fit communis vel alteri penitus acquiritur *§. 31. I. de R. D. l. 7. §. 13. de A. R. D.* Sed uti illa sanctio nec naturalis est, nec omnibus placuisse videtur *v. l. 6. §. 2. arbor. furt. cæs.* ita jure Saxonico non obtinet, quo saltem communio ramorum & fructuum asseritur *Landr. l. 2. art. 52. Weichb. art. 126. vid.* Observ. Lauterb. *Obs. 1020.*

§. 43. Quoad Sationem itidem duo casus separandi veniunt. Si quis enim (1.) *agrum suum alieno semine conseverit*, is quidem dominus seminis fit *v. l. 25. pr. §. 1. de usur.* sed priori domino pretium solvere tenetur, ac, si delictum commiserit, insuper merito punitur. Si autem (2.) *in alieno fundo frumentum suum severit*, tum itidem domino fundi illud acquiritur, qui tamen serenti æstimationem præstare debet, sive ignorans, sive sciens sationem peregerit, modo ultimo casu donare non voluerit, per ea quæ diximus §. 40. ex quibus etiam *§. 32. I. de R. D. l. 9. de A. R. D. l. 11. C. de R. V.* merito suppleri debent.

§. 44. Si in aliena charta aliquid scribatur, domino chartæ scriptura cedit *§. 33. I. de R. D. l. 9. §. 1. de A. R. D. l. 23. §. 3. de R. V.* quæ tamen communionem solvendi ratio, parum æqua & prudens est, cum utique æquitati magis sit consentaneum, ut scribenti charta, pretio ejus soluto, acquiratur, quod etiam JCto in *l. 3. §. p. ad exhib.* placuit. Si scriptor chartam furatus sit, aliud forte dicendum, quamvis, si domini chartæ non intersit, habere scripturam, ne hoc quidem casu, sufficiens causa adesse videatur, cur scribenti, præstita justa æstimatione, charta adjudicari non debeat.

§. 45. Circa Picturam dissenserunt JCti, dum quidam, eam domino tabulæ *l. 23. §. 3. de R. V.* alii tabulam pictori adjudicarunt *l. 9. §. 2. de A. R. D.* sed ultimam sententiam probavit Justinianus *§. 34. I.*
de

de R. D. ut tamen, perinde ac Gajus in *d. l. 9. §. 2.* diversarum hypothesium consectaria videatur confudisse, nisi forte hæc doctrina, ex illis locis, conficienda est: Eum, qui bona fide pinxit, dominium tabulæ saltem consequi, quodsi ergo suo jure utatur, ac tabulam sibi afferat, debere illum priori domino, tabulæ pretium solvere, si vero huic tabulam cum pictura relinquere malit, posse eum impensam picturæ exigere.

§. 46. Aliquando dominus tabulæ, pictori erit præferendus (1.) *si quis mala fide pinxerit*, hic enim, etiam non accepta mercede, alteri picturam relinquere tenetur, ceu *d. l. 9 §. 2. & §. 34.* innuere videntur, quod tamen non aliter admiserim, quam si donandi animus probetur (2.) *si pictor tabulam furatus sit*, quæ videtur esse sententia *d. §. 34. in fin.* nam ibi per *actionem furti*, probabiliter intelligitur actio ad ipsam rem competens, & alias notum est, quod res surrepta restitui debeat, licet cura & sumtibus furis creverit *l. 13. de condict. furt.* (3.) *si rudi penicillo tabulæ quid illitum sit v.* BACHOV. *ad §. 34. I. de R. D. in. fin.* PUFENDORF *de J. N. G. l. 4. c. 7. §. 8.* (4.) *si pictura, saltem ut aliqua accessio, spectetur*, veluti si quis alterius umbellam (*Schirm*) picturis exornaverit, tum enim umbellæ dominus, pictori merito præfertur *v.* BERGER *in resolut. ad* LAUTERB. *de A. R. D. qu. 2.*

CAPUT VI.
DE DOMINII EFFECTU.

SUMMARIA.

§. I.



Unc seorsim expendemus, ne præcedens Caput nimis excrescat. Consistit autem dominii effectus, in *plenissimo rei usu*, hinc non tantum omnia emolumenta, ex ea provenientia, percipere, sed & eandem, postulante necessitate ac utilitate, imminuere & consumere possumus *v. l. 21. C. mand.* præterea quoque ea dominii virtus est, ut rem amissam, à quovis possessore, vindicare liceat; facultas autem alienandi, ex dominio, non recte repetitur, cum potius ex libertate, omnis generis jura, comitari solitâ, dependeat *v. c. 2. §. 12. n. 4.*

§. 2. Sed ille effectus, quo rem amissam vindicari posse dixi, non usque adeo liquidus est, nam non tantum plerique interpretes juris Romani existimant, quod dominium animalium ferorum, aut ad feritatem relapsorum, amissa possessione, pereat, sed & nuperus quidam Scriptor, CORNELIUS VAN BYNCKERSHOEK in *peculiari Dissertatione*, de Dominio Maris, *quam Libro Singulari ad Legem 9. de L. Rhodia de jactu, 1703. publicato, adjecit*, generaliter contendit: *dominium, amissa possessione, naturaliter desinere, cum ex naturali possessione cœperit, quod igitur, ultra possessionem, hodie dominium nonnunquam duret, id non quidem effectum esse*, universali aliquo Generis humani pacto, *quod absurde asseratur, sed unice à* lege civili, *vel* fœderibus Gentium specialibus *dependere.*

§. 3. Porro *legem civilem, in subditos, tantum valere, exteros vero non obstringere*, arbitratur, *hinc si res mea, extra civitatem reperiatur, me absente & ei non incumbente, cedere eam rursus primo occupanti.* Denique *fœdera Gentium* accipit, *quibus vel* amicitia *vel* hospitium *contrahatur: aliud, si tantum placuerit*, ut bello abstineatur, de reliquis autem nihil pactum sit, *tum enim etiam cum populis liberis & fœderatis, postliminium esse.* Ex quibus principiis deinde in specie infert: *dominium maris, cessante ejus possessione, exspirare.*

§. 4. Uti autem ista sententia satis forte est confutata in DISSERT. *c. præc. §. 6. citata*, ita Disciplinæ nostræ contextus exigit, ut summa hujus rei capita hic quoque exhibeamus. Falsitas igitur istius hypotheseos, ex eo, manifesta est, quod (1.) per eam jura, & in spe-

ſpecie dominium, penitus expungantur; inane jus eſt, quod cum facto oritur & perit! præterea (2.) nulla idonea ratione oſtendi poteſt, unde poſſeſſionis ea ſit efficacia, ut ab ejus duratione, dominium præciſe dependere debeat, Denique (3.) conditio perpetuæ poſſeſſionis, quoad jura humana, eſt impoſſibilis, hinc fruſtra, ad horum durationem, illa requiritur *v. Diſſert. noſtr. §. 1. ſeqq.*

§. 5. Probabiliter igitur iſta ſententia originem & ſpiritum duxit, ex Hobbeſii, vel ſimilis Philoſophaſtri, rerumque moralium Corruptoris, ante pacta & Civitates, nullum jus agnoſcentis, principiis. Errorem vero ſemel conceptum, Gentium ferocium, & ſocialitatis leges impune violantium, praxis, magis probabilem reddere, male intellecta vero nonnulla juris Romani loca, penitus confirmare potuerunt *d. diſſert. §. 16.*

§. 6. Quodſi autem, prout par eſt, legem naturalem &, in ſpecie, ſocialitatis decreta, ante Gentium fœdera & Civitates, agnoſcamus, tum ex iis liquet, quod res plane ſit invertenda eo modo, ut *dominium rerum, ac inprimis etiam occupatarum, ceſſante licet poſſeſſione, durare dicamus, niſi conſenſu domini, vel lege civili aliud ſit conſtitutum*, cum enim lex naturalis, inter homines læſionem prohibeat, an, ſalvis ſocialitatis regulis, alium in res, nobis legitime quæſitas, involare poſſe putabimus, ideo ſaltem quod eas actu non teneamus, utut legitimam earum acquiſitionem probemus, animumque eas habendi docemus? *v. d. diſſert. §. 17. ſeqq.* GROT. *de J. B. P. l. 2. c. 8. §. 3.*

§. 7. Atque ex his, rationes diſſentientium facile eliduntur: Verum eſt, quod Scriptor laudatus dicebat: pacto univerſali dominii durationem non eſſe definitam *v.* OBSERV. PUFEND. *Obſ. 280.* porro concedimus, quod lex civilis & pacta Gentium ſpecialia, omnes homines non obligent, ſed inde non ſequitur, quod, amiſſa poſſeſſione, naturaliter pereat dominium, cum merum jus naturale, ſemel legitime acquiſitum, ſatis tueatur etiam contra eos, quos nulla legis civilis autoritas, vel ſpecialis conventionis religio obſtringit. Quæ autem vulgo, quoad dominium ferarum, quod illud, amiſſa poſſeſſione, naturaliter deſinat, afferre ſolent, illa nullius ſunt ponderis, ſed potius id, de quo quæritur, ſupponunt, aut etiam propriam cauſam evertunt *v. d. diſſert. §. 22. ſeqq.*

§. 8. Eſt

§. 8. Eſt ergo naturale, *ut dominium quarumvis rerum, ceſſante licet poſſeſſione, duret.* Sed hoc verum eſt, niſi *domini conſenſus*, vel *lex civilis* aliud decernat, ſed cum utrumque facti ſit, ideo, niſi evidenter probetur, mero juri naturali inhærendum, ac, pro dominii duratione, pronunciandum erit. In ſpecie ergo quæritur, *an Jure Romano aliud conſtitutum ſit?* Multis ſane, minimum quoad quasdam res, ita videtur, imo id, quod eo jure obtinere credunt, naturale eſſe arbitrantur. Verum uti dubio procul decreta illa, ſi occurrerent, non eſſent naturalia, ſed poſitiva, ita, eadem adeſſe, omnino negamus.

§. 9. Quoad dominium modis derivativis acquiſitum, res dubio caret, nam Rei vindicatio, contra rerum poſſeſſores comparata, ſatis oſtendit, dominium, amiſſa poſſeſſione, non perire. In ſpecie animalia manſveta & manſvefacta, noſtra manent, licet eadem non poſſideamus *l. 5. §. 5. 6. l. 44. de A. R. D. l. 8. §. 1. 2. fam. erciſc. §. 15. 16. I. de R. D.* ſervus fugitivus, dominium domino non intervertit, *l. 13. de A. A. P. l. 1. ſeqq. C. de ſerv. fugit.* lapidum demerſorum dominium retinetur poſſeſſione licet ceſſante *l. 13. de A. A. P.* cumque cæterarum rerum eadem omnino ſit ratio, merito idem etiam jus tamdiu præſumitur, donec probetur contrarium *v. d. diſſert. §. 27. 28.*

§. 10. Neque etiam textus, à diſſentientibus adducti, probant, quod vel jure naturali, ſi ad hoc forte quoque reſpiciant, vel jure civili, dominium, amiſſa poſſeſſione, amittatur. Scriptor ſupra memoratus urget (1.) *l. 1. §. 1. de A. A. P.* ſed inde, idonea conſecutione probari nequit, quod, ceſſante poſſeſſione, deſinat dominium (2.) *l. 5. §. 1. l. 6. pr. de D. R. l. 14. §. 1. de A. R. D.* verum ibi amittitur dominium, non ob amiſſam poſſeſſionem, ſed domini conſenſum: Imo ſi non tam verba captes, quam potius ſententiam reſpicias, ibi non agitur de *dominio*, ſed *uſu temporario*, qui, remiſſa poſſeſſione, deſinit.

§. 11. Porro (3.) *l. 5. §. 2. l. 7. pr. de captiv. & poſtlim.* ſed illæ præſupponunt gentes, inter quas nulla amicitia vel ſocialitas obſervatur: inter has, amiſſa poſſeſſione, res amittuntur, non quod à poſſeſſione dominium ſuſpendatur, ſed quod gentes inſociabiles nullum jus agnoſcant, verum, prout viſum fuerit, aut ſors vel potentia tulerit, bona non poſſeſſa & poſſeſſa, ſibi mutuo eripiant *v. l. 6. 24. de captiv. & poſtlim.*

Ex

Ex corruptis autem Gentium moribus, frustra repeti vel decreta naturalia, vel sanctiones juris positivi, quæ inter amicos aut cives, dominii acquisitionem vel conservationem dirigant, facile liquet.

§. 12. Denique addit (4.) *can. 1. Dist. 8. can. 1. Caus. 23. qu. 7.* sed ut illorum contenta, oratoria magis, quam juridica sunt, ita admissa, nihil aliud continent, quam dominia rerum, mero jure naturali non esse introducta, sed, ex facto humano, habere originem, ac in civitatibus, imperio civili defendi, eique subesse. Ex quo nec sequitur, quod dominii, ultra possessionem, duratio, in civitatibus, à lege civili unice dependeat, nec (si dominii durationem, cessante possessione, juxta veram sententiam, antea demonstratam, naturaliter asseras) quod jure positivo contrarium constitutum sit *v. d. dissert. §. 29. seqq.*

§. 13. Quoad fera animalia, plerisque res confecta videtur, quod scilicet, ex sententia juris Romani, amissà possessione, eorum dominium pereat, ob sanctionem, ut videri potest, expressam in *l. 3. §. 2. l. 5. pr. de A. R. D. §. 12. I. de R. D.* Sed si propius res consideretur, dominium amittitur, *non quia possessio amissa*, sed quia, ob *recuperandi difficultatem* & *desperatam probationem, dominus animum habendi dimittit*, hinc si probatio & spes recuperandi supersit, adeoque nihil, ad dominium dimittendum, dominum adigat, poterit idem, etiam juxta jus Romanum, vi dominii retenti, vel feram elapsam denuo occupare, vel ab aliis occupatam vindicare *v. d. dissert. §. 39. seqq.*

§. 14. Ex his principiis, quæstiones speciales facile decidi possunt. Dominium maris retinetur, licet possessio cesset, quod frustra, ex falsa sua hypothesi, negat Scriptor supra adductus *v d. dissert. §. 42. seqq.* Dominium feræ, vel bestiæ mansvefactæ, ad feritatem relapsæ, domino priori erit salvum, si per addita γνωρίσματα sive crepundia, ab aliis internosci illa, vel alio modo ejus dominium probari queat, quod etiam Jure Saxonico *Weichbild. art. 118. (119.)* defendi potest. Inprimis igitur animalia rariora ac exotica, nostra manent, licet custodiam evaserint, cum probatio dominii, hic sit satis expedita *v. d. dissert. §. 45. seqq. add.* SCHILTER *ad ff. exercit.* 45. *§. 18. 19.*

§. 15. Quodsi apes victûs causa evolent, earum dominium, sine dubio, retinetur *v. l. 8. §. 1. fam. ercisc.* BERLICH. *p. 5. Conclus. 50. n. 17.*

CARPZ. *p.* 4. *C.* 36. *D.* 1. 2. 3. si vero, animo non redeundi, evolent *v.* BERLICH *d. l. n.* 16. tum jure civili tamdiu nostræ sunt, quamdiu in conspectu sunt, nec difficilis est persecutio §. 14. *I. de R. D.* i. e. quamdiu earum dominium probari potest, sed vulgo tam large jus civile non accipiunt *v.* BERLICH *d. Conclus.* 50. *n.* 14. Verum jure Saxonico dominium statim amittitur *Weichbild art.* 119. (120.) ex quo sanctionem positivam agnoscere par est.

§. 16. Si tamen dominus prior, examen evolans statim sequatur, tum illud nova occupatione acquirere potest, quo casu etiam vicino, in cujus fundo id consedit, est potior, nec ab ingressu fundi prohiberi potest *v.* SCHILTER *ad ff. exerc.* 45. §. 14. 15. Interim vulgo domini statim insequentis, nullam rationem habere, sed vicinum potius, quoad acquisitionem dominii, præferre videntur *v.* CARPZ. *p.* 4. *C.* 36. *D.* 4. Multo magis dominus prior, in acquirendo potior est, si examen evolans in ramo, quem arbor vicini, in hortum ejus porrexerat, consederit, ac, ab antiquo domino, statim iterum sit occupatum *arg. Landr. l.* 2. *art.* 52. *Weichbild art.* 126. 127. *v.* CARPZ. *Dec.* 295.

§. 17. Quodsi autem dominus prior, examen evolans, non statim insequatur, tum vicino, in cujus fundo id consedit, acquiritur, & quidem per occupationem, quoad dominum priorem, ipso jure vero, quoad tertium, ex ratione juris Germanici, qua res, in fundo meo existentes, meæ sunt, nec tam jure occupationis specialis, quam accessionis acquiruntur. *v. Jus Aleman. c.* 238. §. 3. SCHILTER. *d. exerc.* 45. §. 13. Alii tamen, tertium occupantem, domino fundi præferunt, ceu liquet, ex præjudicio, apud GEORG. BEAT. *Cas. var. p.* 26. *v.* THOMAS. *in not. ad Strauch. dissert.* 6. §. 28. de quibus omnibus, plenius paulo actum in *d. dissert.* §. 52. *seqq.*

CAPUT

CAPUT VII.
DE OFFICIO CIRCA DOMINIUM, ET REI VINDICATIONE.

SUMMARIA.

§. 1.

Duplex obligatio ac inde veniens officium, circa dominium, occurrit, *Domini* & *aliorum*. Ille totam legem naturalem, intuitu rerum propriarum, observare tenetur, adeoque iis, in Dei contemtum, haud abuti, nec vel se, vel alios lædere, sed ad commodum tam proprium, quam aliorum, eas adhibere debet. In specie quoque dominus, ratione damni, ab animalibus dati, tenetur, quemadmodum etiam utilitatem, rebus propriis, ultro ab aliis collatam, debet rependere, quod duplex officium, postea seorsim expendemus.

§. 2. Officio autem aliorum, ut & domini, illud comitanti, intelligendo, distingvendum est, utrum res sit *apud dominum*, tum alii, erga eundem, non tantum officia humanitatis observare, sed & inprimis à læsione abstinere debent, hinc omnis generis delicta, in res alienas directa, ut furtum, rapina, damnum & deceptio, omittenda sunt; an *apud alium*, ubi iterum interest, utrum *volente domino res apud alium sit*, hoc casu, juxta tenorem conventionis initæ, officium tam possessoris, quam domini, ex præcepto de fide servanda damnoque

resarciendo, judicandum est, de quo, suo loco, agemus distinctius, an *eo invito*, hoc casu, lex naturalis jubet, ut possessor rem, cum fructibus, domino, impensas præstanti, restituat, quod officium, prout possessor scit vel ignorat, rem alienam esse, sive malæ vel bonæ fidei possessor est, diversas exigit præstationes, de quo hic specialius agendum est *v.* OBSERV. PUFEND. *Observ* 313.

§. 3. Quando igitur possessor intelligit, se rem alienam possidere, tum, quantum in se est, efficere debet, quo illa in potestatem domini redeat *v. l. 1. §. 3. de fugit.* adeo ut licet cum tertio contraxerit, tamen dominum huic præferre debeat, neque enim, in præjudicium domini, contractus cum alio valide iniri potest *v. l. 31. deposit.* quodsi tamen, domini voluntate, res in alium antea sit translata, tum tertius domino præfertur *v l. 1. §. 7. naut. caup. stab.* De cætero restituendi necessitas, non est deducenda ex universali aliquo generis humani pacto *v* PUFEND. *de J. N. G. l. 4. c. 13. §. 1. 2. 3. 4. 5.* hoc enim frustra asseritur, sed ex mero jure naturali, quod læsionem prohibet, planissime repetitur *v.* OBSERV. PUFENDORF. *Obs. 314.*

§. 4. Cæterum sæpe possessores ultro officium non implent, hinc in Judicio ad hoc cogendi sunt, quo nomine prodita est *Rei Vindicatio*, quæ est *actio realis, qua dominus rem corporalem, à detinente sibi restitui, dominumque suum confirmari petit v. l. 9. 23. pr. de R. V.* Solet distingvi in *directam* & *utilem l. un. §. 5. C. de R. U. A.* quæ divisio hodie non necessaria, quamvis illa Rei Vindicationis species, qua non res, sed ejus pretium quandoque petitur, quæque etiam *Utilis* dici solet *v. l. 5. § 3. de R. V.* à cæteris omnino separanda sit, cum non tam actio realis, quam personalis sit. *add.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 198.*

§. 5. Datur ergo Rei Vindicatio domino *l. 23. de R. V. l. 15. C. eod.* etiam ob revocabile *l. 66. de R. V. 24. rer. amot. 9. C. de R. V.* vel utile dominium *l. 73. §. 1. l. 74. 75. de R. V. l. 1. §. 1. si ag. vectig. II. f. 8.* non etiam ob directum, solitarie spectatum, hoc enim frustra ex *l. 33. de R. V.* asseritur. Satis quoque est, si, post litem cœptam, dominium quis sit nactus *l. 27. §. 1. de R. V. v. c. 3. de sentent. & re jud. in 6.* aut si quis dominium rei, ab alio possessæ, legitime comparaverit *l. 55. de procur l. 5. 7. f. C. de H. vel A. vend.* vel, certis in casibus, alicujus pecunia, res sit comparata *v. l. 2. quand. ex fact. tutor. l. 23. §. 1. C. de SS. Eccles.*

Ecclef. l. 8. C. de R. V. l. 55. de donat. inter V. & U. uno verbo: quando quis, vel ex ratione naturali, vel civili, dominium habet *v. l. 30. de mort. cauſ. donat. l. 1. C. de donat. quæ ſub mod.* ubi quidem hodie nihil refert, ſive directam, ſive utilem dicas actionem.

§. 6. Competit Rei vindicatio contra poſſeſſorem *l. 36. fin. de R. V.* civilem vel naturalem, etiam nudum detentorem *l. 9. 27. §. 1. eod.* quamvis hic, autorem ſuum nominando, ab actione liberari queat; Nec ipſe autor, temere, contra detentorem, rei vindicationem inſtituet, cum actione magis expedita, ex contractu veniente, ei defungi liceat. Datur etiam contra illum, qui fraudulenter ſe liti obtulit *l. 25. de R. V.* quod hodie exigui uſus videtur, vel qui, ante litem motam, dolo poſſidere deſiit, ad æſtimationem ſcilicet conſequendam *l. 27. §. 3. l. 36. pr. 68. de R. V.* Integrum tamen eſt domino, rem ipſam, ſi hanc malit, apud novum poſſeſſorem, perſequi *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obſ. 182. 183.*

§. 7. Si ante litem motam, bonæ fidei poſſeſſor poſſidere deſiit, licet ſua voluntate, conveniri amplius non poteſt, nam nec rem habet, nec alterum læſit *add.* OBSERV. PUFEND. *Obſ.* 316. 323. ſi autem, poſt litem conteſtatam, culpa ſua rem amiſerit, æſtimationem præſtare tenetur *l. 36. §. 1 l. 63. de R. V.* Contra hæredem datur hæc actio, quatenus poſſidet *l. 42. 51. 55. de R. V. l. 2. C. ſi unus ex plur. hæred.* Ex dolo defuncti tenetur, quatenus eſt locupletior factus *l. 52. de R. V.* imo, juxta æquitatem, in ſolidum *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obſ. 199.* ex proprio facto, ſine dubio, in ſolidum obligatur *l. 27. §. 3. l. 36. pr. l. 63. de R. V.*

§. 8. Petuntur rei vindicatione res ſingulares corporales, mobiles & immobiles *l. 1. pr. §. ſeqq. de R. V.* & actor, ex regulis prudentiæ, debet deſignare rem, vel ejus partem, quam petit *l. 6. 73. l. 76. §. 1. de R. V.* Petuntur res cum omni cauſa, & fructibus *l. 17. §. 1. l. 20. 21. 34. de R. V. add.* BERGER *in reſolut ad* LAUTERB. *de R. V.*

§. 9. Per fructus hic intelliguntur omnia emolumenta, quæ vel, ex ipſa re, vel ejus occaſione percipiuntur *v. l. 24. de uſu & uſufr. leg. l. 95. §. 1. ad L. Falcid. l. 62. de R. V.* Ratione (1.) *originis* ſunt vel *civiles*, qui occaſione rei proveniunt, vel *naturales*, quos ipſa res producit *l. 121. de V. S. l. 7. §. 13. ſol. matrim. l. 236. §. 1. de V. S.* CARPZ. *p. 3. C. 32. D. 19.*

hi iterum sunt vel *naturales in specie*, qui sine accedente notabili hominis facto, & *industriales*, qui interveniente hominum industria, per naturam producuntur *v. l. 45. de usur.* CARPZOV. *p.3. C.32. D.24. n.12.*

§. 10. Porro ratione (2.) *diversi status*, sunt vel *Existentes*, qui etiam *Nati* dicuntur, vel *Non-existentes*; Horum existentia vel *speratur*, qui vocantur *Nascituri*, vel *non speratur*, idque vel ob *fatale infortunium*, & sunt *fructus deperditi*, vel ob *negligentiam possessoris*, ac audiunt *percipiendi*. De natis porro ita habendum; sunt vel *pendentes* sive *stantes*, qui cum corpore, ex quo prodierunt, adhuc cohærent *l. 44. de R. V.* vel *percepti*, qui ab eodem sunt separati *l. 13. quib. mod. usufr. l. 12. §. 5. de usufr.* hi iterum sunt vel *exstantes*, quos adhuc asservamus, vel *consumti*, qui naturaliter vel civiliter sunt consumti *add.* OBSERV. LAUTERB. *Obs.702.*

§. 11. Jam ut constet, quousque possessor ad fructus præstandos, obligetur, bonæ fidei possessor omnes quidem fructus, ante litem motam, acquirit, hactenus ut illos consumere possit *§. 35. I. de R. D. l. 48. pr. §. 2. de A. R. D. l. 28. de usur. l. 13. quib. mod. usufr. amitt. l. 78. de R. V. l. 136. de R. J.* sed si dominus supervenerit, omnes exstantes, quos nondum usucepit *v. l. 4. §. 19. de usurpat.* CARPZ. *p. 3. C.32. D.29.* ei reddere tenetur *l. 48. de A.R.D. l. 22. C. de R. V.* de percipiendis vero & consumtis securus est, nisi sit factus locupletior *v.* CARPZ. *p.3. C.32. C.28.* quod etiam de jure civili recte asseritur *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 201.*

§. 12. Malæ fidei autem possessor omnes fructus, consumtos & percipiendos (deperditis tamen exceptis) restituere tenetur *l. 5. 22. C. de R. V. §. 35. I. de R. D.* CARPZ. *p.3. C.32. D.30. l. 1. Resp. 39.* quod etiam de bonæ fidei possessore, post litem in petitorio *v.* CARPZ. *l. 2. Resp. 18.* BERGER *in resolut. ad* LAUTERB. *de R. V.* contestatam, asseritur *v. l. 20. §. 11. l. 25. §. 5. 7. ff. l. 1. §. 1. C. de hæred. petit.* quamvis id eo casu saltem procedere videatur, quo jus actoris est manifestum. Fructus ante litem contestatam percepti, petendi sunt, post eam, etiam non petiti, officio judicis adjudicantur *l. 10. de usur. l. 25. §. 8. de ædilit. edict. l. 35. §. 1. de R. V.* sed cordatus judex magis æquitatem, quam regulas judicum pedaneorum observabit *add.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 188.*

§. 13. Sic-

§. 13. Sicut autem possessor rem & fructus præstare tenetur, ita, vice versa dominus, ratione impensarum, est obligatus. Impensas igitur fructuum, tam b. quam m. f. possessor deducit *l.* 36. §. *fin. de hæred. petit. l.* 51. *pr. fam. ercisc.* necessarias quoque in rem *l.* 5. *C. de R. V.* dummodo non sit fur aut violentus possessor *l. 1. C. de infant. expos. l.* 13. *de condict. furt.* Utiles impensas bonæ fidei possessor quoque deducit, observatis tamen æquitatis circumstantiis *l.* 27. §. 5. *l.* 28. *seqq. l.* 38. *de R. V.* idem dicendum etiam de malæ fidei possessore *l.* 38. *de hæred. petit. v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs.* 202. Voluptarias bonæ fidei possessor quoque deducit regulariter, sed possessor malæ fidei tantum tollit *l.* 39. §. 1. *de H. P. l.* 38. *de R. V.*

§. 14. Actor debet probare dominium & adversarii possessionem *l. fin. de R. V. l. 2. de probat.* censetur autem dominii probatio valde difficilis esse *v.* MASCARD *de probat. Conclus.* 535. CARPZ. *1. Rsp.* 76. 77. quod etiam verum est, si res *absolute* spectetur, sed si *relate* ad adversarium, tum non adeo difficilis est, cum sufficiat, melius jus ostendere, quam ille habet. Et hæc probatio etiam juxta æquitatem sufficit, sed ex corruptione fori Romani, *absoluta* requiritur, quanquam, sub actionis Publicianæ commento, mox *relatam* quoque admiserint, adeoque more suo rem planam, reddiderint intricatam. Romani *v.* §. 4. *I. de action.* de qua alio loco dicam.

§. 15. Possessio regulariter quidem probanda non est, cum utplurimum notoria sit, vel ex ipsa rei evidentia, vel adversarii confessione. Quodsi vero hic possessionem neget, tum illa probari debet, quæ probatio hoc operatur, ut, à mendace, in actorem res transferatur, dominio licet nondum probato *l. fin. de R. V. Nov. 18. c. 10.* adeo ut petitorium in possessorium degeneret, & is, qui antea possessionem negaverat, rei vindicationem instituere debeat, siquidem aliquid juris sibi competere existimet.

§. 16. Si actor vincat, tum reo res aufertur *l. 68. de R. V.* quod hodie tantum obtinere puto, cessante juramento in litem. Quodsi vero res perierit dolo vel culpa, tum æstimatio, jurejurando illo quandoque definienda, exigitur *v. l.* 46. 71. *de R. V.* Nec debet actor pretium Reo restituere, licet hic eam in foro b. f. emerit, cum expressa etiam protestatione, quod eam domino restituere velit, hic enim est effectus

domi-

dominii, ut rem nostram novo pretio redimere non debeamus *v. l.* 3. 23. *C. de R. V. l. 16. C. de evict. l. 2. C. de furt.* nec stricto jure aliud dicendum, licet res redemta, alias fuisset peritura, *add.* LAUTERB. *C. J. de R. V.* OBSERV. LAUTERB. *Observ.* 203. 204.

§. 17. De eo dubitandum non est, quin dominus, rem suam, etiam interdictis defendere queat. Habet ergo locum *interdictum retinendæ possessionis*, si quis actibus turbativis dominium sibi asserat *l.* 1. §. 1. 7. 8. *uti possid.* ac inprimis *recuperandæ possessionis*, si quis de possessione plane dejectus sit *l.* 1. §. 9. 10. *de vi & vi arm. l. fin. C. unde vi* & utile quoque est, interdicto potius, quam rei vindicatione, rem suam persequi *l.* 24. *de R. V. add. l.* 2. *c.* 8. §. 32. 33.

§. 18. Species Rei Vindicationis, est *Actio finium regundorum*, qua fines ablati, vel eorum æquipollens, repetuntur, ac præstationes accessoriæ exiguntur *v. l.* 2. §. 1. *l.* 3. *seqq. fin. regund.* hinc eadem observantur, quæ in Rei vindicatione *l.* 4. *§. 1. seqq. eod.* aliquando est species actionis confessoriæ vel hypothecariæ *l.* 4. §. 9. *eod.* Non debet autem in hac actione probari dominium in genere, hoc enim non est controversum, sed fines solum probandi sunt *v. l.* 11. *fin. regund. l.* 4. *de cens.* quæ probatio testibus, instrumentis & jurejurando peragi potest *v. c.* 3. 13. *X. de probat.*

§. 19. Præscribitur hæc actio longissimo tempore *l. fin. C. fin reg.* quia sæpe delicto fines acquiruntur, quodsi in alium legitimo titulo illi transferantur, etiam longi temporis præscriptio obtinet *l.* 2. §. 6. *pro emtor.* PERETZ. *ad C. fin. regund. n.* 11. Aliquando novi fines, per adjudicationem constituuntur *§. fin. I. de O. J.* quo ipso statim transfertur dominium *v.* HUBER. *in posit. ad I. de O. J. n.* 20. Quandoque *delictum termini moti* intercurrit, quod arbitrarie punitur *l.* 1. 2. *de term. mot. Landr. l.* 2. *art.* 28. *Ord. crim. art.* 114. CARPZ. *qu.* 83. *n.* 67. *add.* LAUTERB. *C. J. l.* 10. *tit.* 1. *l.* 47. *tit.* 21.

§. 20. Species quoque Rei Vindicationis est Actio *communi dividundo*, qua, ex dominio indiviso, agimus ad partem pro diviso consequendam ut & exigenda damna & fructus *l.* 3. *pr. l* 4. *pr.* §. 3. *l.* 11. *comm. divid.* Aliquando ex pignore vel jure ususfructus communi hæc actio descendit *l.* 7. *§. 6.* 7. *seqq. eod.* Præscribitur 30. annis *l.* 1. §. 1. *C. de ann. except.* qui terminus longior, ob dubiam hujus actionis indolem, quam

vul-

vulgo habere illa existimatur, placuisse videtur. Requiritur tamen, ut unus rem communem, velut propriam, per tempus memoratum possederit, nam si omnes socii sint in possessione, tum neque ad unum expungendum neque ad inducendam perpetuam communionem, præscriptio locum habet, cum deficiat habilis possessio, ac ultimo effectui etiam obstet, quod perpetua communio improbetur *l. 14. §. 2. ff. l. fin. C. com. divid. l. 70. pro soc.* PERETZ *ad C. comm. divid. n. 8. add.* LAUTERB. *C. J. l.* 10. *tit. 3.*

§. 21. Equidem multis minus juridicum videbitur, quod actionem finium regundorum & communi dividundo, pro speciebus Rei Vindicationis habeamus, cum potius pro actionibus mixtis, aut personalibus, ex quasi contractu descendentibus, illæ habeantur. Sed si solida ab inanibus discernas, doctrina præcedens facile defendi potest, nam discrimina, quæ hic subsunt, vel inania sunt, vel ex tricis fori Romani dependent *v.* HUBER *in posit. ad I. de O. J. n. 10. ad ff. de R. V. n. 15.* adeoque hodie usum non habent, vel accidentalia sunt, quale etiam est, quod hæ actiones, duplices dicantur *l. 10. fin. regund. l. 13. 14. de judic. l. 37. §. 1. de O. & A.* nam etiam Rei vindicatio, duplex est, si mutuum agendi jus præsupponas. *add.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 273. 282. 283.*

§. 22. Rei Vindicationem, apud Romanos, sæpe præcedebat *Actio ad exhibendum*, qua rei vindicandæ exhibitio petebatur *l. 1. ad exhib.* Cum enim vindicationes semper in re præsenti, consveta formula: *ego hanc rem, ex jure Quiritum, meam esse ajo* fierent, rei exhibitio erat necessaria, quæ etiam, ad effectum separationis, quandoque se extendebat *l. 6. ad exhib.* Postea ad alias actiones, exhibitionis usus est extensus *l. 3. §. 1. 9. 10. l. 13. 17. ad exhib. add.* LAUTERB. *C. J. ad exhib.*

§. 23. Cæterum sicut Romana illa vindicandi ratio, in Germania nunquam obtinuit, adeoque primarius exercendæ actionis exhibitoriæ casus cessat, ita in genere raro exhibitio rei alicujus hodie petitur, frequentius vero documentorum exhibitio exigitur. De obligatione quoque ad exhibendum, in casibus evenientibus dubitandum non est, sed ejus impletio, non actione, sed mandatis compulsorialibus aliisque mediis habilibus, contra contumaces comparatis, obtineri solet *v.* SCHILTER *ad ff. exerc. 20. §. 91.* CARPZ. *Pr. tit. 14. art. 4. n. 52. seqq.* BERGER *in resolut. ad* LAUTERB. *de edend. qu. 4. in fin.*

CAPUT VIII.
DE PAUPERIE.

SUMMARIA.

§. 1.



Auperies est damnum, sine injuria facientis datum *l. 1. §. 3. si quadrup. pauper.* quo nomine adeo omne damnum, ab animalibus, vel contra, vel secundum naturam, vel proprio motu, vel culpa hominum concurrente, illatum, comprehendimus. Dari, circa illud, aliquod domini officium, *cap. præc.* §. *1.* dixi, quod adeo nunc specialius explicandum erit, ubi quidem (1.) damnum proprio motu (2.) hominum culpa concurrente datum spectari potest.

§. 2. Animalia proprio motu dant damnum vel *contra*, vel *secundum naturam generis sui.* Prius sensu speciali, *Pauperies* dicitur, quæ adeo est damnum, quod ab animali irrationali *l. 1. §. 2. 5. 9. l. 2. §. 1. l. 4. si quadrup. pauper.* alterius dominio subjecto *v. l. 52. §. 3. ad L. Aquil. §. 6. I. de noxal. action.* sive mansveto, sive fero *v. l. 1. §. 10. si quadrup. pauper.* contra naturam generis sui *l. 1. §. 7. eod.* sine hominis culpa *l. 1. §. 4. seqq. eod.* aut alterius bestiæ instigatione *l. 1. §. 8. 11.* hostili *l. 5. eod. add.* HUBER. *in Eunom. ad d. l. 5.* infertur *add.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 261.*

§. 3. Posito illo damno, dominus obligatur, ut vel *bestiam noxæ dedat*, vel *damnum resarciat*, id quod non jure Romano tantum constitutum, ceu existimat GROTIUS *de J. B. P. l. 2. c. 17. §. 21.* sed & mero jure

jure naturali obtinet *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obſ. 262.* Contra invitum datur *actio de pauperie*, juxta ſtilum juris Romani, quæ eſt *actio, quæ datur læſo, contra noxii animalis dominum, ut damnum, vel animalis deditione, vel æſtimationis præſtatione, reſarciat.* Dividitur jure Romano in *directam* & *utilem l. pen. ſi quadrup. paup.* qua diviſione facile hodie caremus.

§. 4. Vulgo dicitur *actio perſonalis*, ſed addendum, *in rem ſcripta*, ſi juris Romani ſtilum retinere placeat, nam datur hæc actio, ob obligationem abſolutam, ſine facto hominis introductam, quæ cum quemvis animalis noxii poſſeſſorem afficiat, ideo actio etiam contra quemvis datur. Deſcendere illa creditur ex LL. XII. Tabb. *l. 1. pr. ſi quadr. pauper.* ſed dependet potius ex mero jure naturali, quod leges Romanæ agnoverunt & confirmarunt.

§. 5. Datur omnibus, quorum intereſt, illorumque hæredibus *l. 1. §. 17. l. 2. ſi quadr. pauper.* adverſus illum, qui, tempore actionis inſtituendæ, animalis dominus eſt *l. 1. §. 12. 14. eod.* nam læſus, ratione rei noxiæ, jus habet, & nemo illum impedire debet, quo minus eam capiat, ſibique hoc modo ſatisfaciat; Quin tamen dominus novus, cui animal evincitur, contra autorem ſuum, in caſibus habilibus, habeat regreſſum, dubitandum non eſt.

§. 6. Competit ad damni reſtitutionem, vel noxæ deditione, vel æſtimationis præſtatione, faciendam *l. 1. pr. ſi quadrup. pauper.* negans tamen in Jure, animal ſuum eſſe, & convictus, tenetur ad ſolidam æſtimationem *l. 1. §. 15. eod.* quod hodie, ob ceſſantes interrogationes, nullius uſus videtur. Jure Saxonico, dominus animal noxium ſcienter recipiens, electionem perdit *Landr. l. 2. art. 40. v.* CARPZ. *p. 3. qu. 131. n. 18. ſeqq.* Quodſi liber homo vulneratus vel occiſus ſit, tum, ſi nolit dominus noxæ dedere, ea æſtimatio ineunda eſt, quæ liberis hominibus convenit *v. l. 3. ſi quadrup. pauper. l. fin. de his qui effud. add.* ſupr. *c. 1. §. 4. 5. 6. 8. 9.*

§. 7. Si animal noxium, ante litem conteſtatam moriatur, dominus ad nihil tenetur *l. 1. §. 13. ſi quadrup. paup.* nam obligatio, ad rem dedendam, eſt principalis, hinc animali ſublato, ac adeo obligatione principali extincta, minus principalis ſurrogari nequit. Si vero dominus dolo poſſidere deſinat, tum ad æſtimationem obligatur *l. 12. 21.*

24. 39. de noxal. action. neque enim se, suo facto, obligationi semel constitutæ, subtrahere potuit. Culpa vero, etiam lata, impune dominus animal perimere potest, ex doctrina STRUVII *S. J. C. exerc. 14. §. 17.*

§. 8. Sed aliqua in terminis hic subest ambiguitas. Nam si dominus, damni, quod animal intulit, ignarus, illud, voluntate directa vel indirecta, è medio tollat, tum utique ad nihil tenebitur, putavit enim, sibi, velut domino, hoc licere, ac animum lædendi non habuit, hinc etiam, proprie loquendo, hoc casu neque dolum, neque culpam commisit *v. l. 31. §. 3. l. 25. §. 11. de hæred. petit.* sed si damni illati habeat notitiam, tum non tantum ob dolum, sed & culpam erit obligatus *v. l. 26. §. 4. de noxal. action.* nam ita, in omnibus speciei debitoribus, juris est. *add.* THOMÆ *de nox. animal. c. 13. n. 9. seqq.* Quodsi post litem contestatam, animal, sine domini culpa, pereat, ipse quoque, in effectu, liberatur *v. l. 1. §. 16. si quadrup. paup. l. 37. §. 1. ad L. Aquil.* THOMÆ *d. tr. c. 12. n. 39. seqq.*

§. 9. Deinde animalia etiam damnum dant secundum generis sui naturam *v. §. 2.* quod *pastu* potissimum contingit, quando scilicet *alienas res, animal, pastu vel simili comestione* (nam hæc conjungere nihil vetat, cum idem jus ubique sit) *ultro consumit*, quanquam alii sollicitius casum hujus damni circumscribant *v.* THOMÆ *d. tr. c. 16.* cujus tamen sollicitudinis non alius fere usus est, quam ut, cessante aliquo requisito, alio saltem nomine actio instituenda insigniatur.

§. 10. Cum autem in alieno pascere regulariter non liceat *vid.* THOM. *d. tr. c. 15.* ideo posito hoc damno, dominus obligatur, ut vel *animal noxæ dedat*, vel *damnum resarciat*. Contra invitum datur *actio de pastu*, quæ ex ipso jure naturali descendit ac legibus positivis confirmatur *v. l. 14. §. f. de P. V. l. f. C. de L. Aquil.* THOMÆ *d. tr. c. 14.* de cætero ea, quæ de actione de pauperie dicta sunt *§. 3. seqq.* hic etiam fere locum inveniunt.

§. 11. Datur igitur læso & hæredibus, adversus dominum animalis noxii, atque ita in specie contra dominos Territoriales, in quorum dominio feræ bestiæ existunt, quæque subditis sæpe gravia inferunt damna, ut & contra dominos columbarum, si vel in granario, vel agro alieno frumentum illæ consumant *v.* THOMÆ *c. 16. §. 40. seqq.*

Eadem

Eadem quoque est domini obligatio, ut vel animalia noxæ dedat, vel damnum resarciat. Quodsi autem quis pecus immiserit, tum immittens in solidum obligatur, & nihil hodie interest, sive actionem illam, de pastu, sive L. Aquiliæ, dicas. *v.* THOMÆ *d. c. 16. n. 60. seqq.*

§. 12. Debet autem damnum probari, ad quod unius etiam Saltuarii testimonium sufficere putant. Quodsi v. gr. frumentum in herba depastum sit, tum, si æstimatio præstari debeat, quod plerumque fieri solet, illud, ex præsenti tempore, æstimatur, & quidem, juxta jus Saxonicum, arbitrio paganorum *Landr. l. 2. art. 47.* i. e. Sculteti & Scabinorum *v.* CARPZ. *p. 2. C. 27. D. 9. n 5.* præterea, si quis pecus, in prædium privatum immiserit, emendam trium solidorum, seu quatuor denariorum vel grossorum, domino prædii depasti, si vero in pascua communia sed alterius villæ *einer andern fluhr* immiserit, aut si pecus, citra immissionem, depaverit, sex nummos solvere tenetur *d. art. 47. v.* THOMÆ *d. tr. c. 17.*

§. 13. Jure Germanico, pecus noxium privata etiam autoritate pignorari potest *v. Landr. l. 2. art. 27. 40. 47.* quod jure Romano non licet *l. 39. §. 1. ad L. Aquil. v.* THOMÆ *d. tr. c. 23.* Nihil autem refert cujuscumque generis sint animalia, aut ad quem pertineant, pecus tamen pignoratum, judici tradendum est *v. Constit. Elector. p. 2. C. 72.* THOMÆ *d. tr. c. 24.* Quo facto, damnum est resarciendum *Landr. l. 2. art. 27. 47. d. Const. 27.* præterea, culpa hominum interveniente, quod plerumque fit, emenda quoque unius solidi, sive sedecim nummorum, maxime in Electoratu Saxonico, judici, sportulæ instar, solvenda est *d. Constit. 27. p. 2.* Quodsi porro dominus, in luendo pecore, sit contumax & tardus, in singulas 24. horas, domino Jurisdictionali, multam trium solidorum solvere, ac insuper pecori incluso alimenta præbere, vel ab oppignorante præstita, refundere tenetur THOMÆ *d. tr. c. 25.*

§. 14. De eo dubitandum non est, quin pecus nociturum expellere & abigere liceat *v. l. 39. §. 1. ad L. Aquil.* expulsio tamen debet esse innoxia, quamvis casus secutus expellenti non imputetur. Jure Saxonico illa expulsio præcipue locum habet in animalibus ferocibus & pernicibus, quæ commode capi & includi non possunt, quæ etiam, immissis canibus, abigi vel, defensionis causa, occidi impune possunt. Potest etiam dominus, cui nocitum est, adsumtis duobus viris,

animal in domum domini ſequi, cujus perſecutionis idem, qui pignorationis, eſt effectus *v. Landr. l. 2. art. 40. 47. l. 3. art. 48. Weichbild. art. 120. 121. (121. 122.)* THOMÆ *d. tr. c. 26.*

§. 15. Poſtea etiam videndum de damno ab animalibus, culpa hominum interveniente, dato *v. §. 1.* quod, ob arctam connexionem, hinc inde jam attigimus. Summatim vel datur damnum *culpa ipſius læſi*, & nulla habet locum actio, cum læſus ſibi ipſi hoc damnum imputare debeat *v. l. 2. §. 1. ſi quadrup. pauper. l. 52. §. 3. ad L. Aquil. l. 203. de R. J.* CARPZ. *p. 3. qu. 131. n. 26.* vel *culpa domini aut tertii*, hoc caſu nocens actione legis Aquiliæ tenetur ad damnum reſarciendum *l. 1. §. 4. 5. ſi quadrup. pauper. l. 11. §. 5. ad L. Aquil.* ac inſuper puniri poteſt, quam in rem Ædiles Romani pœnam conſtituerunt *v. l. 40. ſeqq. de ædilit. edict. add. l. fin. de extraord. crim.* THOMÆ *d. tr. c. 18. ſeqq.* ſed hodie pœna arbitraria obtinet *v. Ord. Crim. art. 136.* exacto etiam, in Saxonia, nonnunquam Wehrgeldo *v.* CARPZOV. *d. qu. 131. n. 21. ſeqq.*

CAPUT IX.
DE NEGOTIIS GESTIS.

SUMMARIA.

Negotiorum geſtionis indoles *§. 1.*
Actus cognati *§. 2. 3.*
Gerunt negotia perſonæ habiles & quodammodo ad contrahendum inhabiles *§. 4.*
Etiam quæ contrahere prohibentur *§. 5.*
Omnium perſonarum negotia geri poſſunt *§. 6.*
Modo geſtionem ignorent *§. 7.*
Geruntur negotia aliena *§. 8.*
Obligatio geſtoris *§. 9.*
Varias præſtationes ſpeciales exigit *§. 10.*
Obligatio domini *§. 11.*
Qualitas actionis negotiorum geſtorum *§. 12.*

§. 1.



AD officium domini quoque pertinere, ut collatam utilitatem rependat, *c. 7. §. 1.* dictum eſt. Confertur utilitas per *Negotiorum geſtionem*, quam vocant, quæ eſt *actus, quo quis ſola humanitate commotus, ignorantis negotia utiliter gerit.* Vulgo dicitur *Quaſi contractus*, ſed quid opus eſt commentis, quibus non tantum nihil proficimus, ſed & quæ nebulas velut menti offundunt, ut ſolide veritatem non percipiat? Fundamentum obligationis mani-

manifestum est: Gestor ex *suo facto*, dominus ex *collata utilitate* tenetur *vid.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 96.*

§. 2. Quodsi consensus domini vel antecedat, vel, negotio nondum perfecto, sequatur, tum incidit gestio in contractum mandati, adeoque obligationis causa, est maxime evidens *l. 1. de procur. l. 20. C. de N. G. l. ult. C. ad SCt. Maced. l. 60. de R. J.* si vero negotio perfecto accedat domini consensus, negotiorum gestio manere censetur *l. 9. ff. l. 9. C. de N. G.* Porro si quis arctiori quadam necessitate compulsus, negotia aliena tractet, ut si tutor res pupillares administret, & illud negotium aliûs generis est *l. 20. C. de N. G.* nec refragantur *l. 19. §. 2. l. 26. de N. G.* nam gerendi necessitas, de qua ibi sermo est, negotiorum gestionem non attigit.

§. 3. De cætero negari nequit, quin ista circumstantiarum diversitas, diversam, circa expediendas res parere possit obligationem *v. d. l. 20. C. de N. G.* ut, ob eas, forsitan non male negotia discernantur. Præterea jure civili diversus quoque inde oritur effectus, quoad infamiam irrogandam, &, ex nonnullorum sententia, culpæ præstationem, sed ille fortassis in foro non adeo magni usus est. Ob sola actionum nomina, ut nunc actio, mandati, negotiorum gestorum vel tutelæ dicatur, negotia illa discernere, hodie non est operæ pretium.

§. 4. Gerunt negotia personæ habiles, utriusque sexus *l. 3. §. 1. de N. G.* modo habeant intentionem dominum obligandi *l. 4. l. 27. §. 1. l. 34. 44. ff. l. 1. 11. 12. 13. C. de N. G. add.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 99.* Neque tamen personæ, ad contrahendum inhabiles, hic plane excluduntur, ceu sentire videtur LAUTERB. *in C. J. de N. G. lit. S.* Equidem in gerentibus hactenus usus rationis requiritur, ut ad resarciendum damnum, alias illi obstringi nequeant. Ut autem ad id, quod ex gestione penes se habent, reddendum obligentur, aut dominus, ad impensas refundendas, obstringatur, ad hoc usus rationis, in gerente, non est necessarius, nam illa obligatio ex consensu, hæ vero, sine consensu oriuntur *v. l. 3. §. 4. de N. G.*

§. 5. Qui autem contrahere prohibentur, illi, si naturale impedimentum non concurrat, ad omnes effectus, negotia aliena gerere possunt, hinc si v. gr. prodigus, aut, hodie, mulier aliena negotia gerant, non tantum ad res domino reddendas, sed & damnum resarciendum

obli-

obligantur, nam ſua voluntate nocuerunt, ſecus ac illi, quibus uſus rationis deeſt, nihil etiam domino imputari poteſt ſicut in contractibus, cum perſonis ejusmodi initis, nam hic, domino ignorante, negotiis alienis ſeſe immiſcuerunt *add.* OBSERV. LAUTERB. *Obſ. 97. 98.*

§. 6. Geri poſſunt negotia omnium perſonarum *v. l. 3. §. 6. l. 21. §. 1. de N. G.* etiam inhabilium ad contrahendum, ut furioſorum *l. 3. §. 5. eod.* & pupillorum *l. 46. de O. & A.* nam obligatio hic non ex conſenſu, ſed, accepta utilitate, oritur. Et obligantur quidem perſonæ hæ inhabiles, mero jure naturali, ex *utili geſtione ſimpliciter*, licet caſus emolumentum collatum auferat, nam obligatio, ob geſtionem utilem, in genere conſtituitur, adeoque per caſum fortuitum non tollitur. Quod ergo pupilli ſaltem obligentur, *ſi locupletiores ſint facti l. 6. pr. l. 37. pr. ff. l. 2. C. de N. G.* id poſitivum & ſpeciale eſt *v. l. 3. §. 7. de contrar. tutel.* adeoque ad alias perſonas inhabiles extendi non debet *v.* EKHOLT. *ad ff. de N. G. §. 4. add.* OBSERV. LAUTERB. *Obſ. 100.*

§. 7. Geruntur autem negotia *ignorantium* vel *abſentium*, nam hæc promiſcue accipi quoque videntur in *l. 41. de N. G.* dummodo, negotia ſua geri, antea non prohibuerint *l. 8. §. fin. ff. l. 24. C. de N. G. l. 40. mand.* ſed quoad negotia, ad ipſos non pertinentia, fruſtanea eſt prohibitio *v. l. 14. §. 13. de religioſ.* Vulgo putant etiam *præſentium* & *ſcientium* negotia geri poſſe *arg. l. 41. 19. §. 2. de N. G.* modo ſcientia mandatum non inducat *l. 6. §. 2. l. 18. mand.* LAUTERB. *C. J. de N. G. lit. P.* ſed ſi vere ſcientes, ac animo & corpore præſentes ſupponas, ipſorum negotia, ad geſtionem, de qua hic ſermo eſt, non pertinent.

§. 8. Geruntur negotia aliena *l. 6. §. 2. 3. 4. de N. G.* adeoque etiam communia *l. 40. eod.* ſi quis negotia aliena, tanquam ſua gerat, tum ſtricto quidem jure ei nulla actio competere cenſetur *l. 14. §. 1. comm. divid.* ſed iſta interpretatio nimis dura eſt, nam ſi ignorans gerat, is ex communi mortalium affectu, utique, in illum eventum, ſi negotia aliena ſint, habet intentionem dominum ſibi obligandi, hinc etiam, ex æquitate, utilis actio ei recte conceditur *l. fin. de N. G.* ſi vero ſciens gerat, is domino, dubio procul, tenetur, qui etiam vice verſa, in quantum eſt locupletior factus, geſtori, ſi animus donandi probari nequeat, obligatur *l. 6. §. 3. eod.*

§. 9. Ex

§. 9. Ex negotiorum gestione obligatur Gestor (1.) ad negotium perficiendum *l. 21. §. 2.* non nova inchoanda *l. 6. §. fin. l. 15. 16. ff. l. 20. C. de N. G.* (2.) ad rationes reddendas §. 1. *I. de obligat. quæ quasi ex contr. l. 2. de N. G.* (3.) ad residua inferenda *l. 8. §. 1. l. 23. 28. de N. G.* (4.) ad damnum dolo & culpa datum, resarciendum *l. 11. ff. l. 20. C. eod.* Si gestio, nulla in parte, sit utilis, levissima quoque culpa præstanda erit *l. 44. ad L. Aquil.* idem dicendum, si hoc actum esse appareat §. 1. *I. de oblig. quæ quas. ex contr.* Extra hos casus gestor solum de levi *l. 11. ff. l. 20. C. de N. G.* aliquando etiam saltem de lata *l. 3. §. 9. eod.* tenebitur; si culpa casum præcedat, hic quoque præstandus erit *l. 6. §. 3. l. 11. eod. add.* OBSERV. LAUTERB. *Obs.* 102.

§. 10. Pro casuum varietate, præstationes speciales, diversæ sunt. Si quis administrationi rerum alienarum generaliter se obtulerit, debita à se ipso exigere *l. 6. §. f. l. 8. §. 1. l. 38. de N. G.* ac usuras, quas alias ex gestione percepit, vel percipere potuit, præstare debet *l. 19. §. 4. l. 31. §. 3. de N. G. l. 13. §. 1. de usur.* si pecuniam domini, in proprios usus convertat, ad maximas usuras tenetur *l. 38. de N. G.* quod tamen eo saltem casu verum erit, si callide usum dissimulaverit, sic non opus erit, ut hoc per *l. 26. C. de usur.* abrogatum dicamus *v.* BERGER *in resolut. ad* LAUTERB. *mand. qu. 4. add.* OBSERV. LAUT. *Obs.* 476. Contra invitum Gestorem, datur *actio negotiorum gestorum directa*, quæ est *actio personalis competens domino & hæredibus v. l. 5. §. 1. l. 6. §. 8. l. 45. §. f. de N. G. adversus gestorem & hæredes l. 3. §. 7. eod. ad omne id, quod ex hoc negotio præstandum est l. 2. eod.*

§. 11. Vice versa dominus tenetur quoque gestori ad indemnitatem præstandam *l. 2. eod.* adeoque ad impensas necessarias & utiles restituendas *l. 45. 27. pr. in fin. eod.* cum usuris *l. 19. §. 4. ff. l. 18. C. eod.* etiamsi casus superveniens collatam utilitatem interceperit *l. 12. §. 2. eod.* modo cùm ratione omnia suscepta sint *l. 10. §. 1. l. 25. eod.* Aliquando etiam dominus gestori actiones cedere tenetur *v. l. 53. §. 3. l. 85. de furt.* quæ cessionum ambages, exigui hic videntur hodie esse usus. Contra invitum Dominum, datur *actio Negotiorum gestorum contraria*, quæ est *actio personalis, in rem scripta* (nam oritur ex collata utilitate, adeoque rem sequitur, quanquam hoc ad casus habiles sit referendum) *competens gestori & hæredibus, adversus dominum & hæ-*

redes, ad id, quod eos præstare oportet l. 2. 3. §. 7. de N. G. §. 1. I. de oblig. quæ quas. ex contr.

§. 12. Utraque actio est *perpetua l. 8. C. de N. G.* dicitur etiam *bonæ fidei l. 7. cod. §. 28. I. de action.* quod hodie nullum habere usum puto *v. l. 1. c. 16. §. 17.* Nec non *directa*, quæ ex legum verbis, & *utilis*, quæ ex sententia descendere existimatur *l. 17. C. de N. G. l. 7. C. arbitr. tutel.* sed illa divisio nec apud Romanos, quoad tempora recentiora *l. 47. §. 1. de N. G. conf.* HUBER *in Eunom. ad d. l.* fuit, nec hodie est necessaria *add.* LAUTERB. *C. J. de negot. gest. ibique Obs. 103.*

CAPUT X.
DE PRETIO.

SUMMARIA.

§. 1.



POst introducta dominia, necessario secutum est Rerum *Pretium*, quod est *quantitas moralis, rebus & actionibus, in commercium venientibus, inhærens, juxta quam illæ inter se comparari, ac vel æquales, vel inæquales haberi, atque ita commerciis aptæ reddi possunt.* Intuitu hominum, pretium, sine dubio, *jus* est, sed cum rebus aliquam velut quantitatem conciliet, ideo *quantitas*, vel *valor* non incommode dicitur, ac cum *Existimatione*, quæ hominibus ipsis quantitatem tribuit, secundum tradita *c. 3.* magnam habet convenientiam.

§. 2. Dividitur pretium in *virtuale*, quod rebus, ex naturali suo habitu inest, etiamsi ab omni impositione humana abstrahamus, & *for-*

formale, quod hominum voluntas determinat. Hoc iterum eſt vel *mere civile*, quod unice ab impoſitione humana dependet, vel *naturale*, quod juxta habitum phyſicum & pretium virtuale, ab hominibus imponitur. Utrumque ab *objecto* eſt vel *vulgare*, quod cæteris rebus, excepta pecunia, ineſt, & *Eminens*, quod in nummo reperitur, vulgaris menſura & norma eſt: Porro à *modo imponendi*, eſt vel *legale*, quod lege poſitiva, vel *conventionale*, quod hominum conventione definitur.

§. 3. Uti autem pretium virtuale rebus, ex habitu ſuo phyſico, ineſt, ita circa formale, potiſſimum (1.) *res*, quibus, (2.) *fundamentum*, ob quod, & (3.) *impoſitio*, qua, illud imponatur, ſpectari poſſunt. Imponitur pretium *rebus & actionibus in commercium venientibus*, hinc eæ, quas vel natura, vel lex à commerciis removit, pretio carent *vid.* PUFENDORF *de J.N.G. l.5. c.1. §.5.* etſi nonnunquam leges, certo ſaltem reſpectu, res à commercio & pretio velint eſſe remotas: Sic adminiſtratio juſtitiæ, ſalario utique æſtimatur, ſed, à partibus accipere pecuniam, judici fas non eſt, niſi quatenus lex permittit. Ex quibus id etiam liquet, commercium hinc latius nonnihil accipi.

§. 4. De fundamento pretii imponendi, ſeu cauſis, ob quas pretia rebus imponi ſoleant, res non eſt adeo liquida, ſed veriſſimum videtur, ſi ex pretio *virtuali*, pretium *formale* regulariter oriri dicamus, ſive explicatius, ſi (1.) *aptitudinem præſtandi uſum* & (2.) *inſufficientiam* allegemus, nam ideo res pretia habent, quod *uſum vel præſtent, vel præſtare poſſe exiſtimentur*, deinde *quod omnibus non ſufficiant, adeoque ſuo modo raræ ſint*. Res igitur quæ nullum habent uſum, aut utiliſſimæ quidem ſunt, ſed omnibus ſufficiunt, pretio carent.

§. 5. Illud, circa aptitudinem præſtandi uſum, obſervandum, quod eadem non ſemper juxta rei veritatem, ſed ſæpe potius, hominum affectum, imo ſtultitiam, æſtimetur. Illæ res, uſui aptæ, ac adeo pretio dignæ, cenſeri debebant, quæ ad hanc vitam, honeſte, uliliter & commode exigendam, aliquid conferunt; ſed uti illæ quidem omni pretio deſtitui non ſolent, ita certum tamen eſt, quod ſæpe res & actiones, ad inſtruenda vitia & vanitatem, unice vel primario pertinentes, majoris uſus eſſe cenſeantur, adeoque iis ingens pretium tribuatur. Poſſes adeo in univerſum diſtingvere Uſum *Neceſſarium*, *Utilem* & *Voluptuarium*, qui iterum *licitus* & *illicitus* erit.

§. 6. Sicut autem, ob illas caufas, pretium *imponitur*, ita ob easdem quoque *intenditur* & *remittitur*, quod quibusdam non videtur, qui peculiares ejus rei caufas afferunt, fed, re recte expenfa, omnes ultimato in *aptitudinem præftandi ufum*, & *infufficientiam raritatemque* refolvuntur, videbimus fpecialius. Ad intenfionem igitur pretii facere cenfetur (1.) *raritas*, fed nifi aptitudo præftandi ufum concurrat, res, licet rariffima, nullum habebit pretium; Rerum quotidiani ufus, pretia (2.) intenduntur, quando *raritas* earundem conjungitur, cum *neceffitate* feu *indigentia*, hic ergo caufæ, à me laudatæ, aperte fatis occurrunt.

§. 7. Ulterius (3.) pretia rerum artificialium, præter *raritatem*, maxime folent intendere *fubtilitas* & *elegantia artis*, quandoque & *fama artificis*, nec non *operis difficultas*, *artificum* & *operariorum raritas*. Sed & hæc fundamenta raritatem & ufum oftendunt, quodfi hic non adfit, fola raritas pretium non operabitur. Denique (4.) operarum & actionum pretia intendit, earundem *difficultas*, *dexteritas*, *utilitas*, *neceffitas*, *agentium raritas*, *dignitas*, *libertas* & denique ipfa *artis opinio*, quæ omnia, in duo illa fundamenta, antea laudata refolvi, manifeftum eft.

§. 8. Alii pretii incrementum vel decrementum, philofophia generaliori, à *circumftantiis* repetunt, fed & hæ, fundamenta indicata, præfupponunt, ex iisque efficaciam fortiuntur. Sic fructus pendentes augent pretium fundi *v. l. fin. §. 6. quæ in fraud. creditor.* locus rei fitæ periculofus *v. l. 7. §. 8. l. 11. §. 5. de minor.* fundi qualitas *l. 13. de reb. eor. qui fub tutel.* tempus belli & pacis, pactum adjectum *l. 79. de C. E. V.* fecuritas pretii *l. 4. §. 6. de addict. in diem* aut futuræ evictionis, dilata vel anticipata folutio *d. l. 4. §. 6. l. 15. §. 1. in fin. de in diem addict.* cultura prædiorum *l. 3. §. 5. de jur. fifc.* conditio vicini *l. 35. §. fin. de C. E. V.* modus contrahendi, rerum proventus *v. l. 92. pr. de Legat. 1. l. 16. de refcind. vendit. add.* LAUTERB. *C. J. de C. E. V. lit. O.* & fimilia, in mutando pretio, magnas habere folent partes, nam omnia diverfum ufum arguunt.

§. 9. Aliquando plurium rerum pretia, in unam rem velut influunt, ejusque pretium augent, fic mercatores in mercibus vendendis, labores & expenfas quoque æftimant: artifices in rebus artificialibus, ope-

operarum rationem habent: Mercenariorum operæ crescunt, si rerum ad victum pertinentium, pretium intendatur; Illa omnia tamen saltem procedunt, si rerum illarum aliquis usus & raritas sit. Aliquando res aliqua uni saltem rara & magni usus videtur, ex quo oritur *pretium affectionis*, quod in res fungibiles non cadere manifestum est *v. l. 3. de in lit. jur.*

§. 10. Superest ipsa impositio *v. §. 3.* Hæc inter eos, qui in naturali libertate vivunt, fit *sola conventione.* In statu autem civili *pacto & lege positiva*, pretia definiuntur. Utraque tamen impositio fit, juxta fundamenta ante laudata, adeoque communi hominum æstimatione, non privato alicujus affectu *v. l. 63. ad L. Falcid. l. 33. ad L. Aquil. add. l. 18. §. f. de m. c. donat. l. 1. §. 16. ad SCt. Trebell. l. 52. §. 29. de furt. l. 2. §. 4. ad L. Rhod. de jact. l. 114. §. 5. de Legat. 1. l. 8. pr. de condict. furt.* Exinde autem oritur pretium *legale & conventionale*, inter quæ differentia aliqua, ratione *usus, durationis & certitudinis*, deprehenditur

§. 11. Pretium legale semper locum non invenit, utiliter tamen quarundam rerum pretia lege determinantur *v. l. 1. §. 11. de offic. præf. urb. l. 1. C. de episcop. aud. c. un. §. 4. II. f. 27.* conventionale vero frequentioris est usus. Legale est constans, sed conventionale sæpe mutatur *v. l. 63. §. f. ad L. Falcid.* quodsi fundamenta pretii ita mutentur, ut ad pristinum statum non facile sint reditura, etiam legalia pretia intendi solent, modo operarum aut rerum, quibus ea imposita sunt, aliquis censeatur esse usus, nec magna illarum sit copia, nam alias pretium non augebitur: Sic munera salariis, in summa rerum vilitate constitutis, hodie quoque plerumque æstimari solent.

§. 12. Denique inprimis pretium legale & conventionale, ratione certitudinis differunt; nam illud velut in puncto consistit, adeoque minimus excessus invitum lædit *v. l. 29. de usur. c. un. §. 4. II. f. 27.* Hoc vero aliquam habet latitudinem, sive diversos gradus, adeo ut, manentibus licet iisdem circumstantiis, tamen aliqua pretii inæqualitate, licite, in foro civili, contrahi possit & soleat, quod ita expresserunt JCti Romani: *in pretio emtionis & venditionis, naturaliter licere contrahentibus se circumvenire l. 16. §. 4. de minor. l. 22. §. f. locat. add. l. 8. C. de rescind. vendit. Nov. 97. c. 1.*

§. 13. Uti tamen, stante ista latitudine, conscientia semper verum pretium, in contractibus onerosis, ratione ejus, qui non consentit, exigit *v. l. 49. §. 8. de Legat. 1. l. 31. §. 4. de donat. inter V. & U. l. 7. §. 12. Comm. divid. l. 50. pr. de furt.* ita, in foro externo, modica pretii inæqualitas non attenditur, modo fraus absit *§. 13. §. 4. 5. de A. E. V. l. 43. § f. de C. E. V.* quousque tamen hoc admittendum sit, id, seposita sanctione positiva, ex circumstantiis, juxta æquitatem, æstimari debet, sed jure civili inæqualitas, usque ad justi pretii dimidium, admittitur *l. 2. C. de R. Vendit.* In hujus generis quæstionibus, id quoque considerandum, an non pretium sit omnino mutatum, nam, hoc facto læsio plane cessat; ad tempus igitur & locum contractus, inprimis respiciendum erit *v. l. 3. §. 5. de jur. fisc. l. 8. in fin. C. de rescind. vendit. l. fin. §. f. C. de admin. tutor. add.* LAUTERB. *C. J. de C. E. V. lit. O.*

§. 14. Cæterum, ad commercia facile instituenda, non sufficit, si cuivis rei pretium impositum sit, vel imponi queat, nam ideo non statim possidemus tales res, quas alter cum suis permutare velit, aut quæ rebus alienis æquivaleant. In usum ergo commerciorum, res aliqua ita fuit præparanda, ut ejus pretium, omnium rerum, maximarum & minimarum, pretiis æquale fieri posset, cujus rei ita præparatæ pretium, Scriptores *eminens* dixere, quia cæterorum pretiorum norma & mensura est.

§. 15. Qualia autem requisita res, in usum commerciorum præparanda, habere debeat, ex fine facile liquet. Intendimus hoc, ut *res illa omnium rerum pretiis, æqualis fieri queat.* Ergo debet (1.) habere *pretium virtuale*, si cum aliis comparetur, nam alias, cum suis rebus, nemo eam permutabit (2.) debet *substantiæ valde compactæ*, quo durare possit (3.) *divisioni*, quo exiguis etiam pretiis fiat æqualis, & (4.) *tractationi custodiæque habilis* esse, nam & hunc usum commercia postulant.

§. 16. Hæc requisita in metallis nobilioribus reperiuntur, hinc à Gentibus, ad hunc usum, passim adhiberi illa solent. Quodsi rebus, vel nullo vel exiguo pretio virtuali gaudentibus, pretium eminens, ex necessitate, imponatur *v.* PUFEND. *de J. N. G. l. 5. c. 1. §. 13. 14.* tum quia valor unice ab impositione dependet, justitia exigit, ne pretium antea tollatur, quam aliis rebus, pretio vero instructis, illæ redemtæ sint

ſint hinc in iis ſaltem civitatibus in quibus publica fides, integra eſt, iſte modus ſecure adhiberi & admitti poteſt.

§. 17. Cum porro valor nummi, ſecundum virtuale metallorum pretium, quod, in ordine ad alias res, hæc habent, imponi debeat, hinc fide publica opus eſt, qua, de nummorum quantitate & qualitate, homines certi reddantur. Hinc facile liquet, curam monetæ cudendæ, ad Rempublicam & Imperantem pertinere, qui vel juxta certum pondus, vel, quod commodius eſt, certas partes formatas ſignoque publico inſtructas, valorem imponit. Quodſi fides illa publica vacillet, tum Rempublicam morbidam agnoſcere debemus.

§. 18. Licet vero nummis ipſis valorem imponat Imperans, quanta tamen pecunia, pro hac vel illa re dari debeat, id plerumque contrahentium conventione determinatur, adeoque, eo ſenſu, nummi pretium, conventionale eſt; Quemadmodum igitur aliarum rerum pretia, pro ratione raritatis & uſus, mutantur, ita idem accidit quoque pecuniæ, hinc non tantum ejus valor decreſcit, ſi major copia exiſtat, ſed & ſi aliarum rerum uſus augeatur, vel raritas eveniat.

§. 19. Quodſi porro pecuniam, cum aliis rebus comparemus, tum juxta illam, harum pretia definiri quidem ſolent, ut hactenus pecuniæ pretium eminens, cæterorum pretiorum vulgarium, norma & menſura ſit, ceu dixi §. *2. 14*. Nihilominus tamen, vice verſa, res juxta pecuniæ valorem, in genere, taxata, eſt norma pecuniæ, pro ea exſolvendæ, nam rebus vendendis, nummorum quantitas attemperari ſolet, hinc etiam, in æſtimanda læſione, rei pretium, fundamenti loco, eſt ſupponendum, ex eoque de læſione vel venditoris, vel emtoris judicandum *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obſ.* 542.

§. 20. Officia, circa pretii impoſitionem, non alia ſunt, quam quæ circa contractus occurrunt. Exigit ſcilicet lex naturalis, ne erga proximum inhumani ſimus, aut, quod gravius eſt, illum poſitive lædamus. Hinc hæ regulæ fere obſervandæ (1.) rebus, quibus alii indigent ad neceſſitatem, nimis magnum pretium haud eſt ſtatuendum (2.) materiæ quantitas & qualitas, cujus intuitu, illa pretium habet, non eſt mutanda (3.) rerum quotidiani uſus raritas, cœmendo aut retinendo non debet effici *add.* OBSERV. PUFENDORF. *Obſ.* 327. *ſeqq.*

§. 21. Ex quibus ultro liquet, quam varie in regulas ſocialitatis, hic

hic peccari queat. Nulla tamen læsio magis erubescenda videtur, quam quæ depravatione monetæ inferri solet. Equidem, si materia nummi, aperte ac universaliter, non rite temperetur, aut alia ratione vilior moneta cudatur, nemini nocetur, cum cæterarum rerum pretium crescat: si vero tale quid particulariter, subdole & clam fiat, tum subditi non sentientes, opibus emunguntur, cum exteris vero, rerum suarum satagentibus, commercia sufflaminantur.

§. 22. Idem fere dicendum de mutatione valoris, qua scilicet hic, manente materia monetæ, intenditur, nam & illa innoxia est, si aperte & universaliter fiat, ac unicuique relinquatur libertas, res vel operas suas, vero pretio æstimandi: Ast si eo fine suscipiatur, ut viliori monetâ debita exsolvantur, aut non attendentibus vel invitis res auferantur, tum, imposturam subesse, facile intelligitur. Sed omnia fallendi genera recensere, nec volo, nec possum, hinc, ista paucissimis delibasse, sufficiat.

§. 23. Contra istum abusum, varia legibus Germanicis constituta sunt, nam juris monetandi venditio vel locatio prohibita *R. I. 1551. §. so haben wir 46. R. I. 1559. §. ferner als sich. 174. R. I. 1570. §. alsdann auch. 132.* certus pes, quem vocant, præscriptus est *Ord. monet. 1559. §. ferner die guldene müntz 64. R. I. 1566. §. demnach haben wir 150. Ord. monet.* 1559. §. *3. seqq.* circulis cura monetæ injuncta *d. Ord. monet.* 1559. *§. und damit 157. seqq.* ac in abutentes pœna constituta est *v. d. Ord.* 1559. §. *hierauff setzen 31. R. I.* 1594. §. *wir ordnen 103.* Cæterum uti nonnulla, ab usu Territoriorum, abludunt, ita ea, quæ servari poterant, sæpe tamen non servantur *v.* SCHWED. *introd. ad Jus publ. part. spec. Sect. 1. c. 25. §. 7. seqq.*

§. 24. Interim boni & prudentis Imperantis est, non tantum monetæ depravationem omittere, sed & impedire, ne moneta reprobata aliunde invehatur, quod quidem commodissime fieri poterit, si monetæ suspectæ valor abrogetur *add. R. I.* 1594. §. *daneben* 105. Quodsi autem malo illo jam prematur Territorium, tum hoc ad officium Imperantis pertinere existimatur, ne statim monetam pravam prohibeat, sed potius, dilata, in tempus aliquod, prohibitione, subditis ansam præbeat, viliorem illam monetam, utili commercio, ad exteros amandandi *add. R. I.* 1566. §. *nachdem dann* 165. SCHWED. *d. l.* §. 10.

§. 25. Cæ-

§. 25. Cæterum uti hoc remedium subditos, ab omni incommodo, liberare non solet, ita si moneta adulterina aliunde invecta sit, hactenus quidem non inique adhiberi posse videtur, maxime si ad corruptionis autores illa remitti queat. Quodsi autem depravatio, ex ipso Territorio, habeat originem, tum illud juste non adhibebitur, imo vix locum inveniet, cum exteri rerum suarum satagere, nec adulterinos ejusmodi fœtus admittere soleant. In genere justius remedium videtur; si Imperans pravam monetam proba redimat, ac damni quod sentit, emendationem, à corruptionis autore, si fieri id possit, exigat, vel subditis tributum æquabile eo nomine imponat.

§. 26. Ex hactenus dictis etiam rerum æqualitas, & inæqualitas de qua, circa contractus onerosos, ancipites sæpe existunt quæstiones, judicari poterit. Non est illa ex *valore* seu *pretio*, sed primario, ex *materiæ qualitate* & *quantitate*, secundario vero ex *genere* & *forma* æstimanda. Sed ut de applicatione magis constet, tres casus distingvendi videntur, vel enim (1.) res, quæ debetur, plane amplius haberi nequit vel (2.) difficulter præstari potest vel (3.) ejus copia suppetit.

§ 27. Primo casu, ea æstimatio præstari debet, quæ fuit tempore debiti contracti, cum enim res ipsa amplius haberi nequeat, ad aliud tempus æstimatio referri non posse videtur *v.* RICHTER *Decis.72.n.19.* Secundo autem casu, vel ipsa res, vel præsentis temporis æstimatio præstanda est *v. l. 22. de R. C.* nam hanc recte exigit, aut etiam eâdem contentus esse debet Creditor, cum, re ipsa præstita, tantundem consequeretur. Denique tertio casu, secundum quantitatem & qualitatem, ut & genus & formam, quæ fuerunt tempore debiti contracti, res præstari debet, nam nisi hoc fieret, Creditor tantum, quantum dedit, non reciperet.

§. 28. Sive igitur monetæ bonitas intrinseca, sive valor vel pretium, mutata sint, non præsentis, sed præteriti temporis, ratio habenda est. Neque etiam, alio in genere aut forma, res debita præstari potest, nam & in his insigne Creditoris commodum consistit, licet vulgo aliter sentiant, ideo quod, quoad diversum genus & formam, idem valor nihilominus occurrat *v.* STRUV. *S. J. C. exerc. 16. §. 27.* HUBER *in Posit. I quib. mod. re contr. obl.* quæ tamen ratio non satis concludit. Cæterum hactenus dicta obtinent, nisi lege positiva, vel conventione aliud

cautum sit, nam, hoc facto, de exacta rerum æqualitate, non adeo laborandum est, sed juxta normam magis expeditam recte pronunciatur.

CAPUT XI.
DE DOMINIO MINUS PLENO.

SUMMARIA.

§. 1.



Circa res nostras alii, varia ratione, jus acquirunt, aut earum intuitu, obligantur: Nam aliquando in partem dominii admittuntur, ex qua divisione oritur *dominium minus plenum:* Aliquando facultatem, aliquod emolumentum inde percipiendi, consequuntur, ex quo *Servitutes* existunt: Aliquando ratione crediti, securitatem quærunt, inde innotuerunt *pignora:* Denique ex contractibus & delictis, res nostras respicientibus, varii generis *jura personalia* & *obligationes* resultant, de quibus omnibus deinde explicatius agendum est.

§. 2. Et primo quidem, de dominio minus pleno, dispiciendum est. Hoc in *directum* & *utile* distingvi *c.* 5. §. 2. jam admonui. Dominium *directum* est *Jus, vi cujus, res, ad dominum directum, aliquo modo, adhuc pertinet, illeque dominum utilem, ad certas præstationes habet obligatum, ac, certis in casibus, plenum rei dominium recipit.* Dominium *utile* autem est *Jus reale, ob quod res, sub conditione certarum præstationum, domino directo faciendarum, ad dominum utilem, pertinet, ac is omnia emolumenta inde percipit, eamque à quovis possessore vindicat.*

§. 3. Quod-

§. 3. Quodſi adeo calculum recte ſubducamus, facile liquet, non æqualem, in hiſce ſpeciebus, dominii occurrere diviſionem, ſed dominium utile, plus juris utique involvere, quam directum, adeo ut hoc, de dominio fere nihil, niſi nomen, participet, ac potius jus perſonale, quam reale ſit, ceu jam in JUR. FEUD. GERM. *c. 4. §. 10. 11.* quoad aliquam ejus ſpeciem, exiſtimavi: In ſpecie domino directo, rei poſſeſſio, & jus vindicandi, non recte adſcribi videtur, id quod itidem ſupra *c. 7. §. 5.* & in JUR. FEUD. GERM. *c. 14. §. 3.* jam aſſerui.

§. 4. Uti autem, dubio procul, arbitrio hominum, variæ dominii directi & utilis ſpecies effici poſſunt, ita notiſſimæ ſunt, quæ circa *feudum*, *emphyteuſin* & *ſuperficiem* occurrunt. Sed cum feudi qualitas, non tantum, quoad dominium, ſed alia etiam jura, reperiatur, ideo feudum alio loco conſiderabimus, hic vero, illuſtrando dominio directo & utili, emphyteuſin & ſuperficiem tantum expendemus.

§. 5. Emphyteuſis ſumitur vel pro *contractu*, vel pro *re*, vel pro *jure v. l. 1. 2. C. de jur. emphyt. N. 7. c. 3.* juxta ſecundum reſpectum dicitur quoque *ager vectigalis tot. tit. ff. ſi ag. vectig. l. 15. §. 1. qui ſatisd. cog.* Hic ad ultimum ſignificatum, in quem duo reliqui etiam influunt, reſpicimus. Eſt ergo Emphyteuſis, *dominium utile, ſub conditione annuæ penſionis, in recognitionem dominii directi, ſolvendæ, ac plerumque etiam, ſub lege melio rationis, in re immobili, conſtitutum v. l. 71. §. p. f. de Legat. 1. l. 1. ſi ager vectig. l. 1. ſeqq. C. de jur. emphyt. l. 3. §. 4. de reb. eor. qui ſub tut.*

§. 6. Conſtituitur emphyteuſis vel *voluntate partium*, vel *autoritate legis poſitivæ*, vel *præſcriptionem.* Prius iterum fieri poteſt vel in *eventum mortis*, per *ultimam voluntatem*, nam ſicut totum jus hoc modo quis alienare poteſt, ita, dubio procul, partem quoque transferre, ei integrum erit *v. §. 1. I. de uſufr.* neque hoc caſu traditio requiritur *l. 1. 2. de public. in rem action.* Vel *inter vivos*, per *pacta* & *traditiones l. 20. C. de pact.* Vulgo autem peculiaris *contractus emphyteuticarius*, mediante quo dominium utile producatur, aſſeri ſolet, ſed non opus eſt, cum emtione vel donatione hoc omne peragatur *vid.* OBSERV. LAUTERB. *Obſ. 209.*

§. 7. Gloſſatores ſcripturam præciſe, ad hoſce contractus, requirunt *v.* CARPZ. *p. 2. C. 39. D. 7. n. 4.* ſed cum illa regulariter ad

probationem saltem pertineat, ideo hic quoque, eodem sensu, intervenire existimanda est, cum contrarium probari nequeat *v.* LAUTERB. *C J. si ag. vectig lit. C.* Præscriptio emphyteuseos, ex veriori sententia, saltem requirit *rem habilem*, *possessionem* & *lapsum temporis*, etsi vulgo *bona fides* etiam necessaria existimetur, imo nonnulli quoque *titulum* exigant *v. c. 5. §. 24. add.* OBSERV. LAUTERB. *Obs.* 210.

§. 8 Constituitur emphyteusis in rebus immobilibus; Et ab initio quidem, saltem in prædiis rusticis sterilibus illa constituta est *l. 1. si ager vectig.* CARPZ. *p. 2. C. 39. D 7.* postea vero etiam prædia exculta ac urbana, sunt admissa *N. 7. c. 3. N. 120. c. 1.* FRANSK *de Laudem. c. 9. n. 21. seqq.* Fit autem constitutio tam in rebus ecclesiasticis, quam secularibus, publicis & privatis, & regulariter quidem in perpetuum, ea lege, ut Canon annuus præstetur, & res melior reddatur, vel integra minimum conservetur. Ex quo varietas emphyteuseos oritur, est enim vel *ecclesiastica* vel *secularis*: *publica* vel *privata*: *perpetua* vel *temporalis add.* LAUTERB. *C. J. d. t. lit. O. A.*

§. 9. Emphyteusi *promissa*, tam dominus directus, quam emphyteuta futurus, *jus* & *actionem personalem* habet, & ille quidem pretium, si aliquod promissum, hic vero rem exigit *v. l. 12. C. de fund. patrim.* Vulgo, ex hypothesi peculiaris contractus, dicitur *actio emphyteuticaria v.* LAUTERB. *d. l. lit. E.* sed in rei veritate, est *actio emti venditi*, vel, si gratis promissa res sit, *condictio ex lege*, vel *moribus*. Non intercedo tamen, quo minus superstitiosi peculiarem contractum & actionem hic afferant, summa enim rei in hoc non vertitur.

§. 10. Quando autem emphyteusis *constituta* est (id quod factum, si ex titulo habili, inter vivos, res sit tradita, aut per ultimam voluntatem, etiam sine traditione, concessa, vel præscriptione quæsita, per ea, quæ §. 6. 7. diximus) tum, ratione domini directi, is est effectus, ut ab emphyteuta, debitam rei curam, ac insuper canonem annuum exigere queat *l. 2. C. de jur. emphyt.* CARPZ. *p. 2. C. 38. D. 17.* à cujus præstatione etiam emphyteuta non liberatur ob sterilitatem vel partialem rei interitum *l. 1. C. de jur. emphyt.* CARPZ. *p. 2. C. 38. D. 19.* nisi hostium incursus omnem usum impediat CARPZ. *d. D. 19.* nam ex fructibus canon promissus: aut pensio promissa fructuum quantitati fere respondeat, tum enim, ex regulis locationis conductionis, hæc

res

res æſtimari debet: vel penſionis loco, certa fructuum portio præſtanda, nam tum periculi inita eſt ſocietas *add.* LAUTERB. *d. l. lit. E.*

§. 11. Ratione autem emphyteutæ, illi adſunt effectus, qui alias ex dominio oriuntur *v. l. 12. in fin. C. de fund. patrimon.* hinc liberatur à ſatisdatione *l. 15. §. 1. qui ſatisd. cog.* omnia commoda, ex re, vel ejus occaſione, provenientia percipit *l. 1. pr. ſi ag. vectig.* ut & omnia onera ordinaria & extraordinaria fert *l. 2. C. de jur. emphyt. l. 2. C. de ann. & tribut. l. 7. §. 2. de uſufr.* CARPZ. *p. 2. C. 38. D. 18.* apochas tamen domino tradere tenetur *l. 2. C. de jur. emphyt.* quod forte hodie nullius eſt uſus. Habet interdicta domino competentia *l. 1. §. 8. uti poſſid. l. 1. §. 9. de vi & vi armat.* nec non Rei vindicationem, qua rem à quovis poſſeſſore, ipſo etiam domino directo, vindicat, quem etiam, forſitan agentem, exceptione dominii utilis, repellit *l. 1. §. 1. ſi ag. vectig.* utrum vero actionem illam, *prætoriam* dicas *v. l. 74. 75. de R. V.* nec ne, id hodie perinde eſt.

§. 12. Sicut etiam dominium, alias comitatur libertas alienandi, ita quoque emphyteutæ emphyteuſin alienare licet. Hinc eam ille in omnes hæredes legitimos & teſtamentarios transmittit, ſive ſit emphyteuſis eccleſiaſtica, ſive civilis, niſi aliud conventum *§. 3. I. de locat. l. 1. pr. ſi ag. vectig. Nov. 7. c. 3. N. 120. c. 1.* LAUTERB. *d. l. lit. S. conf.* BRUNNEM. *J. E. l. 2. c. 15. §. 12.* Poteſt quoque eandem legare *l. 71. §. p. f. de Legat. 1.* vel inter vivos alienare *§. 3. I. de locat.* ſed ita, ut ſi eam vendere velit, domino hoc denunciare, eique idem pretium offerenti, illam concedere debeat, qua denunciatione omiſſa, emphyteuta jure ſuo cadit *l. 3. C. de jur. emphyt.*

§. 13. Quodſi dominus, intra duos menſes, ſententiam non declaret, etiam, contra ejus conſenſum, res vendi poteſt *d. l. 3.* Quoad cæteras alienationes inter vivos, ſive oneroſas ſive gratuitas, ne quidem ſcientia domini neceſſaria eſt, hinc in ſpecie hypotheca, domino ignorante, conſtitui poteſt *l. 31. de pignor. add.* OBSERV. LAUTERB. *Obſ. 211.* Sive autem, domino volente, ſive invito, res alienetur, à novo emphyteuta is accipit *laudemium,* ſive quinquageſimam pretii vel rei partem *l. 3. C. de jur. emphyt.* Sed moribus Germaniæ, quantitas laudemii, ut & ſolvendi neceſſitas, varia eſt, de quo FRANSK *de laudem. add.* CARPZ. *p. 2. C. 39. D. 11. ſeqq.* LAUTERB. *d. l.*

§. 14. Amittitur emphyteusis vel *naturaliter*, ob *consensum*, vel ex *dispositione juris civilis*, ob *negligentiam* & *delictum*. Prius contingit (1.) ob rei interitum totalem, nam re sublata, jus amplius durare nequit *§.3. I. de locat. l. 1. C. de jur. emphyt.* (2.) cessionem *v. l. 71. §. p. de Legat. 1. §. 3. I. de usufr.* (3.) temporis, ad quod fuit contracta, lapsum *l. 3. ff. si ag. vectig.* (4.) successorum defectum, nam in omnibus hisce casibus, ob consensum emphyteusis tollitur.

§. 15. Posterius accidit (1.) per præscriptionem, qua vel emphyteuta dominium directum, vel dominus directus, utile præscribit. Ad eam vero requiritur *possessio*, qua quis plenum dominium, sibi asserit, *lapsus temporis* &, ex communi sententia, *bona fides. v. c. 5. §. 24.* Carpz. *p. 2. C. 3. D. 17.* (2.) ob rei notabilem deteriorationem *auth.* qui rem hujusmodi *C. de SS. Eccles.* Carpz. *p. 2. C. 38. D. 23. 24.* (4.) ob venditionem, sine domini scientia factam *l. 3. C. de jur. emphyt.* ac plene consummatam *arg. II. f. 55.* quæ pœna vix in Saxonia obtinet, cum dominus directus plerumque etiam habeat jurisdictionem, adeoque traditionem judicialem sciat Carpz. *p. 2. C. 38. D. 13.* (4.) ob canonem non solutum, intra biennium, in ecclesiastica, triennium, seculari emphyteusi *l. 2. C. de jur. emphyt. auth.* qui rem *C. de SS. Eccles.* circa quam privationis pœnam, solennes quæstiones, passim explicatæ, occurrunt *v.* Lauterb. *d. l. lit. C. add.* Observ. Lauterb. *Obs. 212.*

§. 16. Superficies accipitur vel pro *re*, quæ in solo vel ædificio alieno posita est *l. 1. §. 1. 2. 3. l. 2. de superfic. l. 9. §. 4. de damn. inf. l. 3. §. 7. Uti possid. l. 15. qui potior in pign. l. 98. §. f. de solut. l. 39. de Legat. 2.* ac cum illo cohæret *v. l. 20. de S. P. U. l. 60. de A. R. D. l. 10. quod vi aut clam.* Vel pro *jure*, quo sensu est *dominium utile, in re immobili, sub conditione solarii, in recognitionem dominii directi, singulis annis solvendi, constitutum l. 73. 74. 75. de R. V. l. 1. §. 1. 6. de superfic. l. 3. §. 7. uti possid.* Pro *servitute* superficies non recte habetur, nec obest *l. 86. §. f. de Legat. 1.* nam ibi per servitutem, generaliter aliquod onus intelligitur.

§. 17. Quæ de constitutione emphyteuseos diximus §. *6. 7.* illa ad superficiem etiam applicari possunt. Constituitur ergo, à personis habilibus *v. l. fin. C. de reb. alien. non alienand. l. 12. §. 3. de public.*

in

in rem action. ultima voluntate *l. 81.* §. *3. de Legat. 1. l. 1.* §. *7. de superfic.* & inter vivos, titulo habili & traditione *l. 31. de A. R. D.* talis titulus non est locatio *l. 39. locat. l. 65. de C. E. V.* nisi sit irregularis, quæ dominii translationem comprehendat *l. 74. de R. V. l. 1. pr.* §. *1. l. 2. de superfic.* id quod ex tempore etiam quandoque colligitur *l. 1.* §. *3. de superfic. v.* CARPZ. *p. 2. C. 37. D. 22.* Constituitur quoque superficies præscriptione, juxta requisita antea notata.

§. 18. Constituitur in rebus immobilibus, ecclesiasticis & secularibus, & regulariter quidem in perpetuum, ea lege ut solarium superficiarius præstet, hinc etiam superficies in *ecclesiasticam* & *secularem, perpetuam* vel *temporariam* distingvi potest, de cætero potissimum, ad habitationis usum, pertinere videtur, quanquam alia etiam res, velut superficies, in solo alieno haberi queat.

§. 19. Superficie *promissa*, tam domino directo, quam superficiario futuro, *actio personalis*, ex contractu inito, competit ad promissum consummandum *v.* §. *9. h.* ea vero *constituta v.* §. *10.* dominus actione personali solarium suo tempore petit *v. l. 1.* §. *1. de superfic.* cujus intuitu etiam habet pignus *l. 15. qui pot. in pign.* ac insuper dominio, sed, quamdiu superficiarii jus durat, inefficaci fruitur. *l. 1.* §. *4. l. 2. de superfic.* quo sensu etiam possessio superficiei ei tribui solet: in sua vero re, cui illa cohæret, dubio procul dominum & possessionem efficacem habet *l. 3.* §. *7. uti possid.*

§. 20. Superficiarius vero habet dominium utile *d. l. 3.* §. *7. uti possid. l. 49. de V. S.* hinc ea omnia, quæ domino alias, tam quoad emolumentorum perceptionem, quam rei alienationem licent, facere potest *v. l. 1. pr.* §. *f. de superf. l. 81.* §. *3. de Legat. 1. l. 3.* §. *3. de nov. oper. nunciat. l. 16.* §. *2. de pign. action. l. 12.* §. *3. de public. in rem action.* possidet quoque superficiem civiliter *l. 1.* §. *2. de superfic. l. 1.* §. *5. de vi & vi arm.* nam comparatio superficiarii & conductoris in *l. 3.* §. *7. uti possid.* non absolute, sed saltem quoad pensionem solvendam, procedit, quemadmodum etiam possessio superficiei, ad effectum securitatis, contra damnum imminens, obtinendæ, saltem in *l. 15.* §. *12. de damn. inf.* negatur.

§. 21. Vice versa, perinde ut alius dominus, tributa aliaque onera ferre debet superficiarius *v. l. 13. de impens. in res dot. fact. l. 7. de publi-*

§. 6. Sicut autem, ob illas caufas, pretium *imponitur*, ita ob easdem quoque *intenditur* & *remittitur*, quod quibusdam non videtur, qui peculiares ejus rei caufas afferunt, fed, re recte expenfa, omnes ultimato in *aptitudinem præftandi ufum*, & *infufficientiam raritatemque* refolvuntur, videbimus fpecialius. Ad intenfionem igitur pretii facere cenfetur (1.) *raritas*, fed nifi aptitudo præftandi ufum concurrat, res, licet rariffima, nullum habebit pretium; Rerum quotidiani ufus, pretia (2.) intenduntur, quando *raritas* earundem conjungitur, cum *neceffitate* feu *indigentia*, hic ergo caufæ, à me laudatæ, aperte fatis occurrunt.

§. 7. Ulterius (3.) pretia rerum artificialium, præter *raritatem*, maxime folent intendere *fubtilitas* & *elegantia artis*, quandoque & *fama artificis*, nec non *operis difficultas*, *artificum* & *operariorum raritas*. Sed & hæc fundamenta raritatem & ufum oftendunt, quodfi hic non adfit, fola raritas pretium non operabitur. Denique (4.) operarum & actionum pretia intendit, earundem *difficultas*, *dexteritas*, *utilitas*, *neceffitas*, *agentium raritas*, *dignitas*, *libertas* & denique ipfa *artis opinio*, quæ omnia, in duo illa fundamenta, antea laudata refolvi, manifeftum eft.

§. 8. Alii pretii incrementum vel decrementum, philofophia generaliori, à *circumftantiis* repetunt, fed & hæ, fundamenta indicata, præfupponunt, ex iisque efficaciam fortiuntur. Sic fructus pendentes augent pretium fundi *v. l. fin. §. 6. quæ in fraud. creditor.* locus rei fitæ periculofus *v. l. 7. §. 8. l. 11. §. 5. de minor.* fundi qualitas *l. 13. de reb. cor. qui fub tutel.* tempus belli & pacis, pactum adjectum *l. 79. de C. E. V.* fecuritas pretii *l. 4. §. 6. de addict. in diem* aut futuræ evictionis, dilata vel anticipata folutio *d. l. 4. §. 6. l. 15. §. 1. in fin. de in diem addict.* cultura prædiorum *l. 3. §. 5. de jur. fifc.* conditio vicini *l. 35. §. fin. de C. E. V.* modus contrahendi, rerum proventus *v. l. 92. pr. de Legat. 1. l. 16. de refcind. vendit. add.* LAUTERB. *C.J. de C.E.V. lit. O.* & fimilia, in mutando pretio, magnas habere folent partes, nam omnia diverfum ufum arguunt.

§. 9. Aliquando plurium rerum pretia, in unam rem velut influunt, ejusque pretium augent, fic mercatores in mercibus vendendis, labores & expenfas quoque æftimant: artifices in rebus artificialibus,

ope-

operarum rationem habent: Mercenariorum operæ creſcunt, ſi rerum ad victum pertinentium, pretium intendatur; Illa omnia tamen ſaltem procedunt, ſi rerum illarum aliquis uſus & raritas ſit. Aliquando res aliqua uni ſaltem rara & magni uſus videtur, ex quo oritur *pretium affectionis*, quod in res fungibiles non cadere manifeſtum eſt *v. l. 3. de in lit. jur.*

§. 10. Supereſt ipſa impoſitio *v.* §. *3.* Hæc inter eos, qui in naturali libertate vivunt, fit *ſola conventione.* In ſtatu autem civili *pacto & lege poſitiva*, pretia definiuntur. Utraque tamen impoſitio fit, juxta fundamenta ante laudata, adeoque communi hominum æſtimatione, non privato alicujus affectu *v. l. 63. ad L. Falcid. l. 33. ad L. Aquil. add. l. 18. §. f. de m. c. donat. l. 1. §. 16. ad SCt. Trebell. l. 52. §. 29. de furt. l. 2. §. 4. ad L. Rhod. de jact. l. 114. §. 5. de Legat. 1. l. 8. pr. de condict. furt.* Exinde autem oritur pretium *legale* & *conventionale*, inter quæ differentia aliqua, ratione *uſus, durationis* & *certitudinis*, deprehenditur

§. 11. Pretium legale ſemper locum non invenit, utiliter tamen quarundam rerum pretia lege determinantur *v. l. 1. §. 11. de offic. præf. urb. l. 1. C. de epiſcop. aud. c. un. §. 4. II. f. 27.* conventionale vero frequentioris eſt uſus. Legale eſt conſtans, ſed conventionale ſæpe mutatur *v. l. 63. §. f. ad L. Falcid.* quodſi fundamenta pretii ita mutentur, ut ad priſtinum ſtatum non facile ſint reditura, etiam legalia pretia intendi ſolent, modo operarum aut rerum, quibus ea impoſita ſunt, aliquis cenſeatur eſſe uſus, nec magna illarum ſit copia, nam alias pretium non augebitur: Sic munera ſalariis, in ſumma rerum vilitate conſtitutis, hodie quoque plerumque æſtimari ſolent.

§. 12. Denique inprimis pretium legale & conventionale, ratione certitudinis differunt; nam illud velut in puncto conſiſtit, adeoque minimus exceſſus invitum lædit *v. l. 29. de uſur. c. un. §. 4. II. f. 27.* Hoc vero aliquam habet latitudinem, ſive diverſos gradus, adeo ut, manentibus licet iiſdem circumſtantiis, tamen aliqua pretii inæqualitate, licite, in foro civili, contrahi poſſit & ſoleat, quod ita expreſſerunt JCti Romani: *in pretio emtionis & venditionis, naturaliter licere contrahentibus ſe circumvenire l. 16. §. 4. de minor. l. 22. §. f. locat. add. l. 8. C. de reſcind. vendit. Nov. 97. c. 1.*

§. 13. Uti tamen, ſtante iſta latitudine, conſcientia ſemper verum pretium, in contractibus oneroſis, ratione ejus, qui non conſentit, exigit *v. l. 49. §. 8. de Legat. 1. l. 31. §. 4. de donat. inter V. & U. l. 7. §. 12. Comm. divid. l. 50. pr. de furt.* ita, in foro externo, modica pretii inæqualitas non attenditur, modo fraus abſit §. *13. §. 4. 5. de A. E. V. l. 43. § f. de C. E. V.* quousque tamen hoc admittendum ſit, id, ſepoſita ſanctione poſitiva, ex circumſtantiis, juxta æquitatem, æſtimari debet, ſed jure civili inæqualitas, usque ad juſti pretii dimidium, admittitur *l. 2. C. de R. Vendit.* In hujus generis quæſtionibus, id quoque conſiderandum, an non pretium ſit omnino mutatum, nam, hoc facto, læſio plane ceſſat; ad tempus igitur & locum contractus, inprimis reſpiciendum erit *v. l. 3. §. 5. de jur. fiſc. l. 8. in fin. C. de reſcind. vendit. l. fin. §. f. C. de admin. tutor. add.* Lauterb. *C. J. de C. E. V. lit. O.*

§. 14. Cæterum, ad commercia facile inſtituenda, non ſufficit, ſi cuivis rei pretium impoſitum ſit, vel imponi queat, nam ideo non ſtatim poſſidemus tales res, quas alter cum ſuis permutare velit, aut quæ rebus alienis æquivaleant. In uſum ergo commerciorum, res aliqua ita fuit præparanda, ut ejus pretium, omnium rerum, maximarum & minimarum, pretiis æquale fieri poſſet, cujus rei ita præparatæ pretium, Scriptores *eminens* dixere, quia cæterorum pretiorum norma & menſura eſt.

§. 15. Qualia autem requiſita res, in uſum commerciorum præparanda, habere debeat, ex fine facile liquet. Intendimus hoc, ut *res illa omnium rerum pretiis, æqualis fieri queat.* Ergo debet (1.) habere *pretium virtuale*, ſi cum aliis comparetur, nam alias, cum ſuis rebus, nemo eam permutabit (2.) debet *ſubſtantiæ valde compactæ*, quo durare poſſit (3.) *diviſioni*, quo exiguis etiam pretiis fiat æqualis, & (4.) *tractationi cuſtodiæque habilis* eſſe, nam & hunc uſum commercia poſtulant.

§. 16. Hæc requiſita in metallis nobilioribus reperiuntur, hinc à Gentibus, ad hunc uſum, paſſim adhiberi illa ſolent. Quodſi rebus, vel nullo vel exiguo pretio virtuali gaudentibus, pretium eminens, ex neceſſitate, imponatur *v.* Pufend. *de J. N. G. l. 5. c. 1. §. 13. 14.* tum, quia valor unice ab impoſitione dependet, juſtitia exigit, ne pretium antea tollatur, quam aliis rebus, pretio vero inſtructis, illæ redemtæ ſint,

sint hinc in iis saltem civitatibus in quibus publica fides, integra est, iste modus secure adhiberi & admitti potest.

§. 17. Cum porro valor nummi, secundum virtuale metallorum pretium, quod, in ordine ad alias res, hæc habent, imponi debeat, hinc fide publica opus est, qua, de nummorum quantitate & qualitate, homines certi reddantur. Hinc facile liquet, curam monetæ cudendæ, ad Rempublicam & Imperantem pertinere, qui vel juxta certum pondus, vel, quod commodius est, certas partes formatas signoque publico instructas, valorem imponit. Quodsi fides illa publica vacillet, tum Rempublicam morbidam agnoscere debemus.

§. 18. Licet vero nummis ipsis valorem imponat Imperans, quanta tamen pecunia, pro hac vel illa re dari debeat, id plerumque contrahentium conventione determinatur, adeoque, eo sensu, nummi pretium, conventionale est; Quemadmodum igitur aliarum rerum pretia, pro ratione raritatis & usus, mutantur, ita idem accidit quoque pecuniæ, hinc non tantum ejus valor decrescit, si major copia existat, sed & si aliarum rerum usus augeatur, vel raritas eveniat.

§. 19. Quodsi porro pecuniam, cum aliis rebus comparemus, tum juxta illam, harum pretia definiri quidem solent, ut hactenus pecuniæ pretium eminens, cæterorum pretiorum vulgarium, norma & mensura sit, ceu dixi §. *2.14.* Nihilominus tamen, vice versa, res juxta pecuniæ valorem, in genere, taxata, est norma pecuniæ, pro ea exsolvendæ, nam rebus vendendis, nummorum quantitas attemperari solet, hinc etiam, in æstimanda læsione, rei pretium, fundamenti loco, est supponendum, ex eoque de læsione vel venditoris, vel emtoris judicandum *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs.* 542.

§. 20. Officia, circa pretii impositionem, non alia sunt, quam quæ circa contractus occurrunt. Exigit scilicet lex naturalis, ne erga proximum inhumani simus, aut, quod gravius est, illum positive lædamus. Hinc hæ regulæ fere observandæ (1.) rebus, quibus alii indigent ad necessitatem, nimis magnum pretium haud est statuendum (2.) materiæ quantitas & qualitas, cujus intuitu, illa pretium habet, non est mutanda (3.) rerum quotidiani usus raritas, cœmendo aut retinendo non debet effici *add.* OBSERV. PUFENDORF. *Obs.* 327. *seqq.*

§. 21. Ex quibus ultro liquet, quam varie in regulas socialitatis, hic

hic peccari queat. Nulla tamen læsio magis erubescenda videtur, quam quæ depravatione monetæ inferri solet. Equidem, si materia nummi, aperte ac universaliter, non rite temperetur, aut alia ratione vilior moneta cudatur, nemini nocetur, cum cæterarum rerum pretium crescat: si vero tale quid particulariter, subdole & clam fiat, tum subditi non sentientes, opibus emunguntur, cum exteris vero, rerum suarum satagentibus, commercia sufflaminantur.

§. 22. Idem fere dicendum de mutatione valoris, qua scilicet hic, manente materia monetæ, intenditur, nam & illa innoxia est, si aperte & universaliter fiat, ac unicuique relinquatur libertas, res vel operas suas, vero pretio æstimandi: Ast si eo fine suscipiatur, ut viliori monetâ debita exsolvantur, aut non attendentibus vel invitis res auferantur, tum, imposturam subesse, facile intelligitur. Sed omnia fallendi genera recensere, nec volo, nec possum, hinc, ista paucissimis delibasse, sufficiat.

§. 23. Contra istum abusum, varia legibus Germanicis constituta sunt, nam juris monetandi venditio vel locatio prohibita *R. I. 1551. §. so haben wir 46. R. I. 1559. §. ferner als sich. 174. R. I. 1570. §. alsdann auch. 132.* certus pes, quem vocant, præscriptus est *Ord. monet. 1559. §. ferner die guldene müntz 64. R. I. 1566. 8. demnach haben wir 150. Ord. monet.* 1559. §. *3. seqq.* circulis cura monetæ injuncta *d. Ord. monet.* 1559. §. *und damit 157. seqq.* ac in abutentes pœna constituta est *v. d. Ord.* 1559. §. *hierauff setzen 31. R. I.* 1594. §. *wir ordnen 103.* Cæterum uti nonnulla, ab usu Territoriorûm, abludunt, ita ea, quæ servari poterant, sæpe tamen non servantur *v.* SCHWED. *introd. ad Jus publ. part. spec. Sect. 1. c. 25. §. 7. seqq.*

§. 24. Interim boni & prudentis Imperantis est, non tantum monetæ depravationem omittere, sed & impedire, ne moneta reprobata aliunde invehatur, quod quidem commodissime fieri poterit, si monetæ suspectæ valor abrogetur *add. R. I.* 1594. §. *daneben* 105. Quodsi autem malo illo jam prematur Territorium, tum hoc ad officium Imperantis pertinere existimatur, ne statim monetam pravam prohibeat, sed potius, dilata, in tempus aliquod, prohibitione, subditis ansam præbeat, viliorem illam monetam, utili commercio, ad exteros amandandi *add. R. I.* 1566. §. *nachdem dann* 165. SCHWED. *d. l.* §. *10.*

§. 25. Cæ-

§. 25. Cæterum uti hoc remedium subditos, ab omni incommodo, liberare non solet, ita si moneta adulterina aliunde invecta sit, hactenus quidem non inique adhiberi posse videtur, maxime si ad corruptionis autores illa remitti queat. Quodsi autem depravatio, ex ipso Territorio, habeat originem, tum illud juste non adhibebitur, imo vix locum inveniet, cum exteri rerum suarum satagere, nec adulterinos ejusmodi fœtus admittere soleant. In genere justius remedium videtur; si Imperans pravam monetam proba redimat, ac damni quod sentit, emendationem, à corruptionis autore, si fieri id possit, exigat, vel subditis tributum æquabile eo nomine imponat.

§. 26. Ex hactenus dictis etiam rerum æqualitas, & inæqualitas de qua, circa contractus onerosos, ancipites sæpe existunt quæstiones, judicari poterit. Non est illa ex *valore* seu *pretio*, sed primario, ex *materiæ qualitate* & *quantitate*, secundario vero ex *genere* & *forma* æstimanda. Sed ut de applicatione magis constet, tres casus distingvendi videntur, vel enim (1.) res, quæ debetur, plane amplius haberi nequit vel (2.) difficulter præstari potest vel (3.) ejus copia suppetit.

§ 27. Primo casu, ea æstimatio præstari debet, quæ fuit tempore debiti contracti, cum enim res ipsa amplius haberi nequeat, ad aliud tempus æstimatio referri non posse videtur *v.* RICHTER *Decis. 72. n. 19.* Secundo autem casu, vel ipsa res, vel præsentis temporis æstimatio præstanda est *v. l. 22. de R. C.* nam hanc recte exigit, aut etiam eâdem contentus esse debet Creditor, cum, re ipsa præstita, tantundem consequeretur. Denique tertio casu, secundum quantitatem & qualitatem, ut & genus & formam, quæ fuerunt tempore debiti contracti, res præstari debet, nam nisi hoc fieret, Creditor tantum, quantum dedit, non reciperet.

§. 28. Sive igitur monetæ bonitas intrinseca, sive valor vel pretium, mutata sint, non præsentis, sed præteriti temporis, ratio habenda est. Neque etiam, alio in genere aut forma, res debita præstari potest, nam & in his insigne Creditoris commodum consistit, licet vulgo aliter sentiant, ideo quod, quoad diversum genus & formam, idem valor nihilominus occurrat *v.* STRUV. *S. J. C. exerc. 16. §. 27.* HUBER *in Posit. I quib. mod. re contr. obl.* quæ tamen ratio non satis concludit. Cæterum hactenus dicta obtinent, nisi lege positiva, vel conventione aliud

cautum sit, nam, hoc facto, de exacta rerum æqualitate, non adeo laborandum est, sed juxta normam magis expeditam recte pronunciatur.

CAPUT XI.
DE DOMINIO MINUS PLENO.

SUMMARIA.

§. 1.


Irca res nostras alii, varia ratione, jus acquirunt, aut earum intuitu, obligantur: Nam aliquando in partem dominii admittuntur, ex qua divisione oritur *dominium minus plenum:* Aliquando facultatem, aliquod emolumentum inde percipiendi, consequuntur, ex quo *Servitutes* existunt: Aliquando ratione crediti, securitatem quærunt, inde innotuerunt *pignora:* Denique ex contractibus & delictis, res nostras respicientibus, varii generis *jura personalia* & *obligationes* resultant, de quibus omnibus deinde explicatius agendum est.

§. 2. Et primo quidem, de dominio minus pleno, dispiciendum est. Hoc in *directum* & *utile* distingvi c. I. §. 2. jam admonui. Dominium *directum* est *Jus, vi cujus, res, ad dominum directum, aliquo modo, adhuc pertinet, illeque dominum utilem, ad certas præstationes habet obligatum, ac, certis in casibus, plenum rei dominium recipit.* Dominium *utile* autem est *Jus reale, ob quod res, sub conditione certarum præstationum, domino directo faciendarum, ad dominum utilem, pertinet, ac is omnia emolumenta inde percipit, eamque à quovis possessore vindicat.*

§. 3. Quod-

§. 3. Quodsi adeo calculum recte subducamus, facile liquet, non æqualem, in hisce speciebus, dominii occurrere divisionem, sed dominium utile, plus juris utique involvere, quam directum, adeo ut hoc, de dominio fere nihil, nisi nomen, participet, ac potius jus personale, quam reale sit, ceu jam in JUR. FEUD. GERM. *c. 4. §. 10. 11.* quoad aliquam ejus speciem, existimavi: In specie domino directo, rei possessio, & jus vindicandi, non recte adscribi videtur, id quod itidem supra *c. 7. §. 5.* & in JUR. FEUD. GERM. *c. 14. §. 3.* jam asserui.

§. 4. Uti autem, dubio procul, arbitrio hominum, variæ dominii directi & utilis species effici possunt, ita notissimæ sunt, quæ circa *feudum*, *emphyteusin* & *superficiem* occurrunt. Sed cum feudi qualitas, non tantum, quoad dominium, sed alia etiam jura, reperiatur, ideo feudum alio loco considerabimus, hic vero, illustrando dominio directo & utili, emphyteusin & superficiem tantum expendemus.

§. 5. Emphyteusis sumitur vel pro *contractu*, vel pro *re*, vel pro *jure v. l. 1. 2. C. de jur. emphyt. N. 7. c. 3.* juxta secundum respectum dicitur quoque *ager vectigalis tot. tit. ff. si ag. vectig. l. 15. §. 1. qui satisd. cog.* Hic ad ultimum significatum, in quem duo reliqui etiam influunt, respicimus. Est ergo Emphyteusis, *dominium utile, sub conditione annuæ pensionis, in recognitionem dominii directi, solvendæ, ac plerumque etiam, sub lege melio rationis, in re immobili, constitutum v. l. 71. §. p. f. de Legat. 1. l. 1. si ager vectig. l. 1. seqq. C. de jur. emphyt. l. 3. §. 4. de reb. eor. qui sub tut.*

§. 6. Constituitur emphyteusis vel *voluntate partium*, vel *autoritate legis positivæ*, vel *præscriptionem.* Prius iterum fieri potest vel in *eventum mortis*, per *ultimam voluntatem*, nam sicut totum jus hoc modo quis alienare potest, ita, dubio procul, partem quoque transferre, ei integrum erit *v. §. 1. I. de usufr.* neque hoc casu traditio requiritur *l. 1. 2. de public. in rem action.* Vel *inter vivos*, per *pacta* & *traditiones l. 20. C. de pact.* Vulgo autem peculiaris *contractus emphyteuticarius*, mediante quo dominium utile producatur, asseri solet, sed non opus est, cum emtione vel donatione hoc omne peragatur *vid.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 209.*

§. 7. Glossatores scripturam præcise, ad hosce contractus, requirunt *v.* CARPZ. *p. 2. C. 39. D. 7. n. 4.* sed cum illa regulariter ad

probationem ſaltem pertineat, ideo hic quoque, eodem ſenſu, intervenire exiſtimanda eſt, cum contrarium probari nequeat *v.* LAUTERB. *C.J. ſi ag. vectig lit. C.* Præſcriptio emphyteuſeos, ex veriori ſententia, ſaltem requirit *rem habilem*, *poſſeſſionem* & *lapſum temporis*, etſi vulgo *bona fides* etiam neceſſaria exiſtimetur, imo nonnulli quoque *titulum* exigant *v.c.5.§.24. add.* OBSERV. LAUTERB. *Obſ.* 210.

§. 8 Conſtituitur emphyteuſis in rebus immobilibus; Et ab initio quidem, ſaltem in prædiis ruſticis ſterilibus illa conſtituta eſt *l.1. ſi ager vectig.* CARPZ. *p.2.C.39.D.7.* poſtea vero etiam prædia exculta ac urbana, ſunt admiſſa *N.7. c.3. N.120. c.1.* FRANSK *de Laudem. c.9.n.21.ſeqq.* Fit autem conſtitutio tam in rebus eccleſiaſticis, quam ſecularibus, publicis & privatis, & regulariter quidem in perpetuum, ea lege, ut Canon annuus præſtetur, & res melior reddatur, vel integra minimum conſervetur. Ex quo varietas emphyteuſeos oritur, eſt enim vel *eccleſiaſtica* vel *ſecularis*: *publica* vel *privata*: *perpetua* vel *temporalis add.* LAUTERB. *C.J. d. t. lit. O. A.*

§. 9. Emphyteuſi *promiſſa*, tam dominus directus, quam emphyteuta futurus, *jus* & *actionem perſonalem* habet, & ille quidem pretium, ſi aliquod promiſſum, hic vero rem exigit *v. l.12. C. de fund. patrim.* Vulgo, ex hypotheſi peculiaris contractus, dicitur *actio emphyteuticaria v.* LAUTERB. *d. l. lit. E.* ſed in rei veritate, eſt *actio emti venditi*, vel, ſi gratis promiſſa res ſit, *condictio ex lege*, vel *moribus*. Non intercedo tamen, quo minus ſuperſtitioſi peculiarem contractum & actionem hic afferant, ſumma enim rei in hoc non vertitur.

§. 10. Quando autem emphyteuſis *conſtituta* eſt (id quod factum, ſi ex titulo habili, inter vivos, res ſit tradita, aut per ultimam voluntatem, etiam ſine traditione, conceſſa, vel præſcriptione quæſita, per ea, quæ §.6.7. diximus) tum, ratione domini directi, is eſt effectus, ut ab emphyteuta, debitam rei curam, ac inſuper canonem annuum exigere queat *l.2. C. de jur. emphyt.* CARPZ. *p.2.C.38. D.17.* à cujus præſtatione etiam emphyteuta non liberatur ob ſterilitatem vel partialem rei interitum *l.1. C. de jur. emphyt.* CARPZ. *p.2. C.38. D.19.* niſi hoſtium incurſus omnem uſum impediat CARPZ. *d.D.19.* nam ex fructibus canon promiſſus: aut penſio promiſſa fructuum quantitati fere reſpondeat, tum enim, ex regulis locationis conductionis, hæc res

res æſtimari debet: vel penſionis loco, certa fructuum portio præſtanda, nam tum periculi inita eſt ſocietas *add.* LAUTERB. *d.l. lit. E.*

§. 11. Ratione autem emphyteutæ, illi adſunt effectus, qui alias ex dominio oriuntur *v. l. 12. in fin. C. de fund. patrimon.* hinc liberatur à ſatisdatione *l. 15. §. 1. qui ſatisd. cog.* omnia commoda, ex re, vel ejus occaſione, provenientia percipit *l. 1. pr. ſi ag. vectig.* ut & omnia onera ordinaria & extraordinaria fert *l. 2. C. de jur. emphyt. l. 2. C. de ann. & tribut. l. 7. §. 2. de uſufr.* CARPZ. *p. 2. C. 38. D. 18.* apochas tamen domino tradere tenetur *l. 2. C. de jur. emphyt.* quod forte hodie nullius eſt uſus. Habet interdicta domino competentia *l. 1. §. 8. uti poſſid. l. 1. §. 9. de vi & vi armat.* nec non Rei vindicationem, qua rem à quovis poſſeſſore, ipſo etiam domino directo, vindicat, quem etiam, forſitan agentem, exceptione dominii utilis, repellit *l. 1. §. 1. ſi ag. vectig.* utrum vero actionem illam, *prætoriam* dicas *v. l. 74. 75. de R. V.* nec ne, id hodie perinde eſt.

§. 12. Sicut etiam dominium, alias comitatur libertas alienandi, ita quoque emphyteutæ emphyteuſin alienare licet. Hinc eam ille in omnes hæredes legitimos & teſtamentarios transmittit, ſive ſit emphyteuſis eccleſiaſtica, ſive civilis, niſi aliud conventum *§. 3. I. de locat. l. 1. pr. ſi ag. vectig. Nov. 7. c. 3. N. 120. c. 1.* LAUTERB. *d. l. lit. S. conf.* BRUNNEM. *J. E. l. 2. c. 15. §. 12.* Poteſt quoque eandem legare *l. 71. §. p. f. de Legat. 1.* vel inter vivos alienare *§. 3. I. de locat.* ſed ita, ut ſi eam vendere velit, domino hoc denunciare, eique idem pretium offerenti, illam concedere debeat, qua denunciatione omiſſa, emphyteuta jure ſuo cadit *l. 3. C. de jur. emphyt.*

§. 13. Quodſi dominus, intra duos menſes, ſententiam non declaret, etiam, contra ejus conſenſum, res vendi poteſt *d. l. 3.* Quoad cæteras alienationes inter vivos, ſine oneroſas ſive gratuitas, ne quidem ſcientia domini neceſſaria eſt, hinc in ſpecie hypotheca, domino ignorante, conſtitui poteſt *l. 31. de pignor. add.* OBSERV. LAUTERB. *Obſ. 211.* Sive autem, domino volente, ſive invito, res alienetur, à novo emphyteuta is accipit *laudemium*, ſive quinquageſimam pretii vel rei partem *l. 3. C. de jur. emphyt.* Sed moribus Germaniæ, quantitas laudemii, ut & ſolvendi neceſſitas, varia eſt, de quo FRANSK *de laudem. add.* CARPZ. *p. 2. C. 39. D. 11. ſeqq.* LAUTERB. *d. l.*

in rem action. ultima voluntate *l. 81.* §. *3. de Legat. 1. l. 1.* §. *7. de superfic.* & inter vivos, titulo habili & traditione *l. 31. de A. R. D.* talis titulus non est locatio *l. 39. locat. l. 65. de C. E. V.* nisi sit irregularis, quæ dominii translationem comprehendat *l. 74. de R. V. l. 1. pr.* §. *1. l. 2. de superfic.* id quod ex tempore etiam quandoque colligitur *l. 1.* §. *3. de superfic. v.* CARPZ. *p. 2. C. 37. D. 22.* Constituitur quoque superficies præscriptione, juxta requisita antea notata.

§. 18. Constituitur in rebus immobilibus, ecclesiasticis & secularibus, & regulariter quidem in perpetuum, ea lege ut solarium superficiarius præstet, hinc etiam superficies in *ecclesiasticam* & *secularem, perpetuam* vel *temporariam* distingvi potest, de cætero potissimum, ad habitationis usum, pertinere videtur, quanquam alia etiam res, velut superficies, in solo alieno haberi queat.

§. 19. Superficie *promissa,* tam domino directo, quam superficiario futuro, *actio personalis,* ex contractu inito, competit ad promissum consummandum *v.* §. *9. h.* ea vero *constituta v.* §. *10.* dominus actione personali solarium suo tempore petit *v. l. 1.* §. *1. de superfic.* cujus intuitu etiam habet pignus *l. 15. qui pot. in pign.* ac insuper dominio, sed, quamdiu superficiarii jus durat, inefficaci fruitur. *l. 1.* §. *4. l. 2. de superfic.* quo sensu etiam possessio superficiei ei tribui solet: in sua vero re, cui illa cohæret, dubio procul dominum & possessionem efficacem habet *l. 3.* §. *7. uti possid.*

§. 20. Superficiarius vero habet dominium utile *d. l. 3.* §. *7. uti possid. l. 49. de V. S.* hinc ea omnia, quæ domino alias, tam quoad emolumentorum perceptionem, quam rei alienationem licent, facere potest *v. l. 1. pr.* §. *f. de superf. l. 81.* §. *3. de Legat. 1. l. 3.* §. *3. de nov. oper. nunciat. l. 16.* §. *2. de pign. action. l. 12.* §. *3. de public. in rem action.* possidet quoque superficiem civiliter *l. 1.* §. *2. de superfic. l. 1.* §. *5. de vi & vi arm.* nam comparatio superficiarii & conductoris in *l. 3.* §. *7. uti possid.* non absolute, sed saltem quoad pensionem solvendam, procedit, quemadmodum etiam possessio superficiei, ad effectum securitatis, contra damnum imminens, obtinendæ, saltem in *l. 15.* §. *12. de damn. inf.* negatur.

§. 21. Vice versa, perinde ut alius dominus, tributa aliaque onera ferre debet superficiarius *v. l. 13. de impens. in res dot. fact. l. 7. de pu-*

bli-

blican. l. 2. C. de annon. & tribut. l. 27. §. 3. de usufr. quemadmodum etiam non tantum superficiem fartam tectam conservare,quod alias ad usufructuarii officium tantum pertinet *l. 7. §. 2. de usufr.* sed & omnes impensas ferre tenetur, nam dominus est: denique in specie ad solarium solvendum est obligatus *l. 2. §. 17. ne quid in loc. publ. l. 15. qui potior in pign.*

§. 22. Habet itaque porro superficiarius interdictum uti possidetis *l. 1. pr. §. 2. de superf.* contra quosvis turbantes, etiam ipsum dominum, nec non interdictum unde vi contra dejicientes *l. 1. §. 5. de vi.* Ex suo quoque dominio excipit *l. 1. §. 4. de superfic.* & rem vindicat *l. 1. pr. §. 3. de superfic. l. 3. §. 7. uti possid. l. 3. §. 3. de oper. nov. nunc. l. 16. §. 2. de pign. action. l. 73. seqq. de R. V.* nihilque refert hodie, actionem illam civilem vel prætoriam dicas. Competunt quoque ei, in certis casibus, actio familiæ erciscundæ *l. 10. fam. ercisc.* communi dividundo *l. 1. §. 8. de superfic.* publiciana *l. 12. §. 3. de public; in rem.* & confessoria *l. 3. §. 3. de nov. oper. nunciat.*

§. 23. Tollitur superficies *consensu* (1.) ob totalem rei interitum *v. l. 39. §. 2. de damn. inf.* reviviscit tamen, si alia superficies ædificata sit, nam jus ædificandi superficiario negari nequit, nisi forte, actu benefico, illa restricte concessa sit (2.) per consolidationem *l. 86. §. f. de Legat. 1.* (3.) lapsum temporis, ad quod constituta erat *l. 1. §. 3. de superfic.* deinde *autoritate legis positivæ* (1.) per præscriptionem extinctivam *v. §. 15. h.* non etiam (2.) ob solarium non solutum, nam à conductore *l. 54. §. 1. ff. l. 3. C. locat.* aut emphyteuta *l. 2. C. de jur. emphyt.* ad superficiarium inferre non licet *add.* LAUTERB. *C. J. de superfic.*

§. 24. Illud obiter admonere liceat: Circa constitutionem emphyteuseos, peculiarem contractum emphyteuticarium vulgo afferunt, sed, quoad superficiem, consvetis titulis dominii translativis sunt contenti. Vice versa, circa hanc, peculiare interdictum de superficiebus, adstruitur, sed quoad illam, ordinaria interdicta retinendæ & recuperandæ possessionis, sufficere existimantur. Ex quo superstitionis legalis, verba vel dogmata parum solida captantis, contumacia apparet.

§. 25. Cum jure emphyteutico & superficiario, omnia jura, restri-

restricte concessa, aliquam habent convenientiam, ut (1.) jus feudale (2.) censiticum *v. Constit. Saxon. 39. p. 2.* (3.) libellarium *l. 24. C. de SS. Eccles. Nov. 7. pr.* (4.) precarium *c. 1. 2. X. de precar. v.* LEHM. *Chron. Spir. l. 2. c. 43.* (5.) jus affictus *c. fin. X. de restit. spoliat.* similiaque *add.* LAUTERB. *C. J. si ag. vectig. in fin.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 213.* JUS FEUD. GERMAN. *c. 4. §. 16. seqq.*

CAPUT XII.

DE SERVITUTIBUS PERSONALIBUS.

SUMMARIA.

§. 1.

JUxta *c. præc. §. 1.* partitionem, ad *servitutes* accedendum est. Accipitur autem servitus, vel pro *jure* vel pro *obligatione*, illo respectu, est *jus reale ex re alterius aliquam utilitatem percipiendi*, hoc vero est *obligatio utilitatem illam alteri præstandi:* Licet vero servitutis nomen, ad hanc tantum pertinere videatur, usu tamen communi, ac præcipue juris Romani, ad illud quoque translatum est, hinc etiam utrumque eodem conjunctim significatur. Hoc sensu servitus est *personalis*, quæ personæ, vel *realis*, quæ rei, aut rectius, rei possessoribus debetur *v. l. 1. de servit. l. 20. §. 1.*

de A. R. D. quæ tamen aliquando, ex voluntate eorum quorum interest, etiam perſonalis eſt *v. l. 4. de S. P. R. l. 6. de ſervit. legat. l. 14. §. f. de aliment. legat.*

§. 2. Servitus igitur perſonalis, eſt *jus reale, in re aliena, perſonæ, ad utilitatem aliquam percipiendam, conſtitutum.* Quoad eſſentiam & effectum, eſt *jus reale,* quoad durationem, *perſonale,* quæ diverſitas nonnunquam etiam circa dominium occurrit. Species ejus notisſimæ ſunt *Uſusfructus, Uſus* & *Habitatio,* quas breviter nunc expendemus.

§. 3. Uſusfructus aliquando accipitur pro *dominio utili II. f. 23. in fin.* aliquando pro *dominii effectu,* qui *cauſalis* dici ſolet *v. l. 21. §. 3. de except. rei jud. l. 58. 126. §. 1. de V. O. l. 6. de uſufr. ear. rer.* aliquando vero proprie, pro *ſervitute,* quo ſenſu iterum eſt vel *verus* vel *quaſi uſusfructus,* licet enim hic dominium involvat, adeoque cum illo, ſub eodem genere comprehendi non poſſe videatur, attamen accedente reſtrictione, quæ dominium limitat, ſervitutis indolem quoque habet.

§. 4. Uſusfructus verus, eſt *jus alienis rebus utendi fruendi, ſalva earum ſubſtantia pr. I. de uſufr.* Conſtituitur vel *autoritate legis poſitivæ,* vel *conſenſu partium.* Prius fit vel immediate *v. l. 4. 6. pr. §. 3. C. de bon. quæ lib. §. 2. I. per quas perſon. cuique acquir.* CARPZ. *p. 2. C. 10. D. 3. l. 3. ſeqq. C. de ſecund. nupt.* vel mediante præſcriptione conſtitutiva, quæ nihil niſi *poſſeſſionem* & *lapſum longi temporis* de jure civili requirit *l. 10. ſi ſerv. vind. l. 1. §. f. de aqu. & aqu. pluv.* ex communi tamen ſententia etiam *bona fides* accedere debet *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obſ. 214. 215. 216.*

§. 5. Poſterius fit vel autoritate judicis *v. l. 6. §. 1. de uſufr. l. 16. §. 1. fam. erciſ. l. 6. §. 10. comm. divid.* vel ſola partium voluntate, & quidem vel *inter vivos,* per juſtum titulum & veram traditionem *l. 11. §. 1. de public. in rem l. 3. 25. §. 7. de uſufr. l. f. de ſervit. l. 7. uſufruct. quemadm. cav.* vel in *eventum mortis,* v. gr. per legatum *l. 3. de uſufr.* quo caſu, ſine traditione, ipſo jure uſusfructus legatario acquiritur *l. 1. §. 2. l. 2. de public. in rem. l. 25. §. f. de uſufr. l. 10. 29. de uſufr. leg. l. 19. §. 1. quemadm. ſervit. amit. l. f. de ſervit. legat. l. 80. de Legat. 2. l. 64. in fin. de furt.* & quidem à tempore aditæ hæreditatis, vel exiſtentis

diei

diei aut conditionis, pro legati diversitate *l. un. quand. dies ususfr. legat. ced. l. 2. 3. quand. dies legat.* possessio tamen ab hærede debet præstari *l. 3. de usufr. l. 1. §. 2. l. 2. si ususfr. petat.*

§. 6. Constituunt usumfructum domini, qui liberam rerum suarum habet administrationem *v. l. 63. de usufr.* plenum vero & irrevocabile dominium haud requiritur, & nihil interest, si usumfructum à domino minus pleno constitutum, ipso jure, sive ex tuitione Prætoris *v. l. 1. pr. quib. mod. ususfr. amitt. l. 9. §. 1. usufr. quemad. cav.* valere dicas, jure tamen constituentis cessante, & usumfructum desinere, manifestum *l. 31. de pign. II. f. 8. §. rei autem.* Poterit etiam non dominus, ad effectum præscriptionis, usumfructum alicui concedere, quod tamen forte non adeo frequenter accidit.

§. 7. Acquirere usumfructum regulariter omnes possunt, etiam personæ morales compositæ *l. 56. de usufr. l. 8. de usufr. legat.* si quis filiofam. usumfructum det, etiam patri dedisse censetur, adeo, ut quoad ejus durationem, utriusque personæ ratio habeatur *l. f. C. de usufr.* si pluribus conjunctim *v. l. 89. de Legat. 3. l. 16. §. 2. de Legat. 1. l. 142. de V. S.* legetur ususfructus, tum obtinet jus accrescendi, si unus, etiam post concursum realem, deficiat *l. 1. pr. §. 3. de usufr. accresc. l. 80. de Legat. 3. v. l. 3. §. f. l. 10. de usufr. accresc. l. 33. §. 1. de usufr. l 57. §. 1. eod.* qui autem conjuncti non sunt, iis non accrescit *l. 1. pr. §. f. l. p. de usufr. accresc.*

§. 8. Constituitur verus ususfructus in omnibus rebus, quæ sunt in commercio, & usum præstare possunt *v. l. 28. 41. de usufr.* ac utendo non consumuntur *l. 3. §. 1. ff. §. 2. I. de usufr.* sive sint mobiles sive immobiles *d. l.* singulares vel universales *l. 34. §. f. de usufr.* etiam pecuniæ aliarumque rerum fungibilium, verus est ususfructus, si ut sors, apud alium existens, adeoque ut res perpetuo durans, spectentur *l. 3. de usufr. ear. rer.* potest pro parte divisa, & indivisa idem etiam constitui *l. 5. de usufr. l. 25. §. 1. de V. S.* Rerum vero incorporalium ususfructus, velut peculiaris species, frustra asseritur, nam omni casu res corporalis & incorporalis concurrit, id quod etiam circa annuos reditus, jurisdictionem & similia, contingit *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs.* 217. 218.

§. 9. Usufructu *promisso*, actiones personales, inter proprietarium & usufructuarium, ad promissa consummanda, obtinent; in casu ususfru-

fructus legati, datur actio ex testamento *l. 1. §. 2. l. 2. si ususfr. pet.* quamvis etiam ille vindicari queat *v. §. 5.* Eo autem per traditionem *constituto*, proprietarius hactenus habet sterilem proprietatem nec debet molestus esse usufructuario *l. 15. §. 6. l. 19. §. 1. de usufr.* usufructuarius vero rem ex suo jure possidet *l. 49. pr. de A. A. P.* non vero ut dominus *l. 15. §. 1. qui satisd. cog. l. 10. §. f. de A. R. D.* praeterea plenum jus in fructus, non rei substantiam, habet *v. l. 30. de usufr. l. 1. §. 1. si ususfr. pet. l. 44. §. 9. de Legat. 1.*

§. 10. Exinde, pro ratione rerum concessarum, specialia fluunt jura. Sic casam custodiae causa recte aedificat *l. 73. de usufr.* alia vero struere vel tollere non potest *l. 13. §. 7. l. 15. pr. l. 44. 61. eod.* ex agris novalibus *v. l. 30. §. 2. de V. S.* non potest facere restibiles *v. dissert. D.* SUEVII *de noval. hab. Jen. 1634. §. 95.* usumfructum alii cedere nequit *§. 3. I. de usufr.* nec rem alienare *l. 9. de usufr.* Accessionibus rei plene utitur *l. 9. §. 4. de usufr.* CARPZ. *p. 3. C. 13. D. 17.* fructus naturales & civiles acquirit *l. 13. quib. mod. ususfr. amitt. l. 25. §. 1. de usur. l. 12. §. f. l. 7. pr. §. 1. l. 9. pr. l. 10. 59. §. 1. de usufr.* nec putem tricas illas, utrum ipse, an alius eos perceperit, hodie attendi.

§. 11. Proventus quoque metallicos lucratur *l. 9. §. 2. 3. l. 13. §. 5. de usufr.* modo hi renascantur *l. 7. §. 13. solut. matrim.* sed hoc forte in nulla regione accidit, licet id JCto sit persvasum. Hodie id saltem procedit in metallifodinis jam institutis, ubi quidem proventus, nonnullis in regionibus, pro fructibus habentur, adeoque usufructuario simpliciter cedunt, alibi vero sunt loco substantiae, ex qua fructus saltem ille percipit *v. Const. Saxon. 25. p. 3.* Quodsi usufructuarius de novo metallifodinas aperiat, tum earum dominium acquirit, de quo alibi pluribus dispiciendum erit *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 220.* Potest etiam usufructuarius venari *l. 9. §. 5. de usufr.* ac jurium suorum exercitium aliis concedere *l. 12. §. 2. l. 38. seqq. l. 67. de usufr. l. fin. de usur.* nisi rei conditio aliud exigat *l. 15. §. 2. de usufr.*

§. 12. Ex jure suo Usufructuarius varias quoque, pro casuum varietate, habet actiones: remedia possessoria *l. fin. uti possid. l. 12. quod vi & clam. l. 3. §. 13. 14. 17. de vi* & petitoria, actionem confessoriam, quam postea in genere considerabimus; communi dividundo *l. 13. §. 3. de usufr. l. 7. §. 7. comm. divid.* finium regundorum *l. 4. §. 9. fin. reg.* legis

legis Aquiliæ *l. 11. §. f. l. 12. ad L. Aquil.* injuriarum *l. 66. de usufr.* furti *l. 12. §. f. eod.* quæ tamen hodie nullius usus; condictionem furtivam *arg. l. 12. §. 2. de cond. furt. L. 22. de pign. action.* actionem confessoriam pro vindicandis servitutibus *l. un. §. 4. de remission.* nec subtilitas, quæ in *l. 1. l. 5. §. 1. si ususfr. pet.* occurrit, hodie alicujus videtur usus, novi operis nunciationem *d. l. un. §. 3. de remission. l. 1. §. f. de nov. oper. nunc.* cautionem de damno infecto *l. 13. §. 8. de damn. infect.* similiaque remedia alia.

§. 13. Tenetur quoque Usufructuarius, instar boni Patrisfam. re uti *l. 9. §. 2. l. 65. de usufr. l. 1. §. 3. f. usufruct. quemadm. cav.* hinc modicis etiam sumtibus, aut ex fructu, rem sartam tectam conservare debet *l. 7. §. 2. 3. l. 64. 15. §. 2. l. 45. 68. §. f. l. 18. 59. de usufr. v.* CARPZ. *p. 2. C. 26. D. 9.* quodsi, in perpetuam rei utilitatem, aliquid impenderit, hoc à proprietario repetit *l. 7. C. de usufr.* Ad exsolvenda quoque omnia onera publica obligatus est *l. 7. §. 2. l. 27. §. 3. de usufr. l. 7. de public. & vectig. l. 2. C. de ann. & tribut.* CARPZOV. *p. 3. C. 16. D. ult.* nisi fructuum quantitatem excedant, hunc enim excessum ferre debet proprietarius CARPZOV. *l. 1. Resp. 105. n.* 11. RICHTER *p. 1. Dec. 20. p. 2. D 70. n. 26.*

§. 14. Æs alienum nec usufructuarius omnium bonorum exsolvere debet *v. l. fin. de usufr. Legat.* CARPZ. 1. *Resp.* 194. LAUTERB. *C. J. de usufr. in fin.* sed, antequam ususfructus præstetur, deducitur *v* STRYK *in not. ad* LAUTERB. *d. l.* sic vero res eodem recidit, & utique usufructuarius incommodum æris alieni sentit *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs.* 221. Poterit hæc res habere effectum, si testator ea intentione hæredem instituat, aliique usumfructum omnium bonorum concedat, ut ille solus, quantitate hæreditatis non imminuta, æs alienum exsolvat, nam hanc conditionem hæres subire non detrectabit, si hæreditas opima, ac æs alienum non adeo magnum sit.

§. 15. In specie Usufructuarius debet præstare cautionem, quæ est *promissio, qua proprietarius aliique, ad quos res usufructuaria pertinet, de ea securi redduntur l. 1. pr. §. 3. usufr. quemad. cav. l. 13. pr. de usufr.* Est illa, ex communibus æquitatis & prudentiæ regulis, necessaria, quod lex civilis confirmat *l. 8. §. 4. qui satisd. cog. l. 1. §. 1. 3. l. 8. usufr. quemad. cav.* Exigitur *v. l. 2. §. 1. quod legat.* ante rei fructuariæ traditionem

l. 13. de usufr. l. 6. ut in possess. legat. re vero forte jam tradita, petitur propria actione *l. 7. pr. usufr. quemad. cav.* quo tamen casu fructuarius, fructus jam perceptos, reddere non tenetur, quia suo jure eos percepit, neque enim cautio, ad *jus percipiendi*, sed *securitatem proprietarii* pertinet *v. l. 5. §. 1. de usufr. ear. rer.* Quodsi in casu converso, proprietarius rem teneat, ac usufructuarius, in præstanda cautione, moras nectat, ille fructus, ob hujus consensum, lucratur *l. 24. de usufr. legat. v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 238.*

§. 16. Ad *essentiam* ususfructus, non pertinere cautionem illam manifestum est, nam *obligatio ad rem integram reddendam, vel æquipollens præstandum*, usufructui quidem essentialis est, nec potest hic sine illa, esse, sed *peculiarem obligationis illius confirmationem*, idem haud desiderat, sed ex regulis prudentiæ hæc fluit, quo loco obiter observandum, sollicitudinem illam, quo cautio in *Prætoriam* & *civilem* discernitur *l. 1. pr. l. fin. usufr. quemadm. cav.* §. 2. *I. de usufr.* hodie esse otiosam.

§. 17. Præstatur hæc cautio proprietario *l. 13. de usufr. l. 3. §. f. l. 8. 9. §. f. usufr. quemadm. cav.* & usufructuario socio *d. l. 8.* Præstan eam usufructuarii omnes *l. 1. pr. §. 1. 2. l. 9. §. 1. usufr. quemadm. cav.* excipitur tamen (1.) Pater *l. 6. §. 2. l. 8. §. 4. in f. C. de bon. quæ liber.* CARPZ. *p. 2. C. 10. D 9.* (2.) fiscus *l. 1. §. 18. ut legator. l. 2. §. 1. de fund. dot.* (3.) donator, qui sibi usumfructum reservavit, nam ea lege donatio facta censeri debet *v. l. 62. de ædil. edict. l. 28. de R. J.* (4.) Usufructuarius, cui proprietas sub die legata est *l. 9. §. 2. usufr. quemad. cav.*

§. 18. Promittere autem debet usufructuarius, quod velit re ut boni viri arbitrio, eamque, usufructu finito, restituere *l. 1. pr. §. 3. 6. 7 l. 9. §. 3. usufr. quemad. cav. l. 65. de usufr.* id quod, ex natura ususfructus, facile intelligitur. Est cavendum fidejussoribus *l. 7. pr. usufruct. quemad. cav. l. 13. ff. l. 4. C. de usufr. l. 1. qui satisd. cog. l. 7. de prætor. stipul.* sed hodie pignora etiam sufficiunt. Aliquando cautio juratoria quoque admitti potest. Deficiente vero cautione idonea, ex usufructu fit reditus *v.* LAUTERB. *C. J. usufr. quemadm. cav. lit. Q.*

§. 19. Ex promissione agi potest, ob abusum, ad interesse præstandum *l. 1. §. 5. 6. usufr. quemad. cav.* ac, usufructu finito, ad rem rest

restituendam *d.l.1.§.4.6.* de jure civili, ob verborum solennia, dicitur *actio ex stipulatu*, de quo hodie parum laborandum. Aliquando cautio cessat, ob remissionem legis *v. §. 17. h.* proprietarii *l. 29. C. de pact.* non etiam testatoris *l. 6. ut in possess. legat. serv. l. 7. C. eod. l. 1. C. de usufr.* CARPZ. *p. 3. C. 13. D. 12.* quod singulare est. His autem casibus, ob deteriorationem, datur actio L. Aquiliæ *l. 13. §. 2. de usufr.* & usufructu finito, res vindicatur *l. 3. §. f. l. 12. usufr. quemad. cav.* sed minor hic est securitas, cum usufructuarius tantum vel ejus hæredes, non fidejussor aliquis, obligentur, res tamen existens à quovis peti potest *add.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 239. seqq.*

§. 20. Tollitur ususfructus vel modis *naturalibus*, qui ex consensu, vel *civilibus*, qui ex lege positiva vim sortiuntur. Ad illos pertinet (1.) mors usufructuarii *l. 3. §. f. l. 21. quib. mod. ususfr. amitt. l. 14. 16. pr. §. 1. C. de usufruct. v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 224. 225.* non etiam proprietarii *l. 3. §. 1. C. de usufr.* (2.) diei vel conditionis resolutivæ existentia *l. 15. quib. mod. ususfr. amitt. l. 5. 12. C. de usufr.* (3.) totalis rei interitus *l. p. §. 1. C. de usufr. l. 2. ff. eod.* in parte homogenea ususfructus retineri dicitur *l. 53. de usufr.* non in heterogenea *l. 5. §. 2. l. 10. §. 7. quib. mod. ususfr.* quod tamen ad usumfructum titulo lucrativo concessum, saltem pertinere videtur (4.) resolutum jus constituentis, quod revocabile fuit *v. l. 16. 19. d. t.* (5.) Consolidatio *§. 3. I. de usufr. l. 27. quib. mod. ususfr. amitt.*

§. 21. Ad hos spectat (1.) lapsus 100. annorum, quoad personas morales compositas *l. 56. de usufr. l. 8. de usufr. legat.* (2.) capitis diminutio *l. p. §. 2. C. de usufr.* quæ hodie cessat, cessat, nec bannum imperii, quod ei surrogari solet *v.* CARPZ. *p. 3. qu. 140. n. 26.* frequentis est usus (3.) rei deterioratio insignis *v. l. 9. §. f. de damn. inf.* (4.) præscriptio extinctiva, quæ ex *non usu*, & hinc *orta libertatis possessione v. l. 38. 39. 40. de usufr. l. 20. quib. mod. ususfruct. amitt. l. 10. 11. pr. quemad. servit. amitt. l. 2. de aqu. quotid. l. 14. 25. quib. mod. ususfr. amitt.* oritur, ac jure civili *decem* vel *viginti annis*, etiam quoad rem mobilem *l. p. §. 1. C. de usufr. l. p. C. de servitut.* absolvitur: Quodsi ususfructus alternis annis constituatur, non utendo, in solidum, nunquam amittitur, quia sunt plures ususfructus, qui successive nascuntur, adeoque singuli, peculiari præscriptione, tolli debent *l. 28. quib. mod. ususfr. amittit.* semper igi-

igitur aliquid supereſt, quod nondum ſit præſcriptum. *Bona fides* hic fruſtra requiri videtur. Non etiam (5.) ceſſio extraneo facta, nam hæc in conceſſionem degenerat ac innoxia eſt *v.* Observ. Lauterb. *Obſ. 226.*

§. 22. Uſufructu finito, res cum fructibus nondum perceptis, proprietario expenſas refundenti, eſt reſtituenda §. 36. *I. de R. D. l. 13. quib. mod. uſufr. amitt. l. 8. de annuis legat.* ſed in Saxonia, fructus induſtriales ſequuntur hæredem uſufructuarii, ſi omnis labor peractus ſit *v.* Carpz. *p. 3. C. 32. D. 5. ſeqq.* Fructuum civilium acquiſitio, ex iisdem principiis, judicanda: ſi percepti ſint, aut minimum dies ceſſerit, ſequuntur uſufructuarium *v. l. 26. 58. de uſufr.* ſi pendeant, ſequuntur proprietarium, ſed in Saxonia, pro induſtrialibus ſolvendi, ad uſufructuarium vel ejus hæredes pertinent, ſi uſusfructus, labore peracto, finiatur *add.* Observ. Lauterb. *Obſ. 227.*

§. 23. Quaſi uſusfructus eſt *dominium, in rebus fungibilibus, vel æſtimatis, ea conditione alicui datum, ut morte, capitis diminutione, vel accipientis ceſſione interveniente, res ejusdem generis, vel ejus æſtimatio reſtituatur l. 5. §. 1. 2. l. 7. de uſufr. ear. rer. §. 2. I. de uſufr.* Rei datæ dominium igitur penitus, in accipientem, transfertur, & hactenus quaſi uſusfructus, à vero, plane differt, ſed jus perſonale, cujus vi concedens, ſuo tempore, tantundem exigere poteſt, eſt ipſi, loco *proprietatis*, atque hinc ſimilitudo, cum vero uſufructu, exoritur.

§. 24. Cenſetur introductus SCto Romano, utilitatis gratia *l. 1. de uſufr. ear. rer.* ſed ex allata definitione liquet, quod quaſi uſusfructus ſit juris gentium, nam naturam rerum fungibilium, juxta conditiones memoratas, eum admittere, adeoque ab omnibus hominibus illum poſſe conſtitui, ſatis manifeſtum eſt. SCtum itaque Romanum, nihil novi conſtituit, ſed id, quod, ex communi ſenſu, omnes intelligunt, ſolum adſtruxit & confirmavit, cavendi neceſſitate etiam probata.

§. 25. Conſtituitur aliquando immediate à *lege poſitiva*, Patri in bonis liberorum adventitiis *l. 4. 6. C. de bon. quæ lib. Nov. 22. c. 34. j. l. 69. ad L. Falcid.* aliquando à *domino*, per ultimam voluntatem *l. 1. ſeqq. de uſufr. ear. rer.* & conventionem nam hoc, ex libertate fluit, utroque tamen caſu, ad transferendum dominium, quoad res fungibiles, opus

opus est traditione. A Judice non est constituendus, cum, per divisionem, rectius litem dirimat.

§. 26. Regulariter constituitur quasi usus fructus in rebus fungibilibus seu consumtibilibus *l. 5. §. 1. 2. l. 11. de usufr. ear. rer.* Possunt tamen etiam res non fungibiles, mediante æstimatione, in quasi usumfructum concedi, quod inprimis, quoad res mobiles, quæ non diu durant, sed usu deteruntur ac pereunt, fieri potest, cujus etiam quasi ususfructus sua est utilitas, quamvis satius sit, si fieri queat, eas res in verum usumfructum accipere. Atque hoc sensu, etiam vestimentorum est quasi usus fructus §. *2. I. de usufr. v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 231.*

§. 27. Quasi usufructu *promisso*, datur actio personalis, vel ex contractu, vel testamento, ad rem promissam exigendam, quodsi tamen res non fungibilis, sub conditione restituendæ æstimationis, legata sit, illa etiam rei vindicatione poterit peti *add.* OBSERV. LAUT. *Obs. 232.* Per traditionem vero *constituto*, concedens habet jus personale exigendi tantundem, quod est instar proprietatis: Quasi usufructuarius autem rei acceptæ plenum consequitur dominium *l. 7. de usufr. ear. rer.* ejusque omne periculum sustinet *v. l. 11. C. si cert. pet.* Debet etiam cavere de re ejusdem generis, vel ejus æstimatione restituenda *l. 7. de usufr. ear. rer.* quæ tamen cautio non ad *essentiam*, sed *securitatem* saltem pertinet.

§. 28. Extingvitur quasi usus fructus morte, capitis diminutione *l. 9. 10. de usufr. ear. rer.* lapsu temporis aut conditionis existentia, denique etiam cessione, qua vel proprietarius jus suum usufructuario remittit, vel hic in illum, jus suum transfert *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 233.* Finito usufructu, res repetitur vel actione ex stipulatu, si cautio interposita, vel, ea cessante, condictione sine causa *l. 5. §. 1. de usufr. ear. rer. v. l. fin. usufr. quemad. cav.* Hodie quasi usus fructus, si legalem *v. §. 25.* excipias, non magnus videtur usus.

§. 29. Usus est *jus alienis rebus utendi, salva illarum substantia.* Est ergo inter usum & usumfructum quoad *quantitatem*, differentia, cum enim ille, ad quotidianum & necessarium usum, repertus credatur, hinc fluit necessitas immediatæ & parcioris perceptionis, sed in usufructu, hæc largior est. Pro ratione tamen *personarum* & *rerum*, discrimen illud nunc intenditur, nunc remittitur, imo aliquando plane

evanescit, adeo ut sæpe etiam non satis liqueat, quousque jus usus extendi debeat *v. l. 2. seqq. l. 12. §. 1. l. 15. 18. 22. de usu & habit.* CARPZ. *p. 3. C. 13. D. 4. p. 1. Decis. 69.*

§. 30. Quoad modum constituendi, personas, materiam, effectum & durationem, usus cum usufructu fere convenit, quamvis ex asse illi omnia applicari nequeant. Sic usuarius, ad rem reddendam, non semper erit obligatus, cum proprietarius sæpe illam retineat *v. §. 1. I. de usu & habit.* ita, ad tributa solvenda, non tenetur, nisi usus etiam fructum absumat *l. 18. de usu & habit. l. 13. de expens. in res dot. fact.* Cum usus adeo lubricæ & incertæ sit indolis, ejus non magnum esse usum crediderim. In specie subtilitatis illius, quod usus pro parte constitui nequeat *l. 19. de usu & habit.* forte nunquam aliquis fuit effectus.

§. 31. Habitatio est *Jus alienas ædes inhabitandi, & omne emolumentum, quod habitando percipi potest, immediate vel mediate percipiendi.* Plus involvit quam usus ædium, dum ædes aliis in solidum locari possunt *l. 13. C. de usufr.* minus tamen juris est in habitatione, quam in usufructu, quia hic ad alia quoque emolumenta, quam quæ habitando percipiuntur, extenditur *add.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 236. 237.* In cæteris capitibus, habitatio, cum usufructu & usu, fere convenit, ab utroque tamen in eo differre censetur, quod neque capitis diminutione, neque non utendo amittatur *l. 10. de cap. min. l. 10. de usu & habit.* sed prior differentia est sublata per *l. 16. §. 2. C. de usufr.* posterior vero solida aliqua ratione non nititur, nec adeo attendenda esse videtur *add.* LAUTERB. *C. J. de usufr. seqq.*

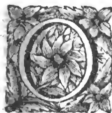
CAPUT XIII.
DE SERVITUTIBUS REALIBUS.

SUMMARIA.

Occasione vicinitatis invaluere servitutes reales §. 1.
Causa subtilitatum inanium, circa eas occurrentium §. 2.
Servitutum illarum varietas §. 3.
Constituuntur lege positiva §. 4.
Et consensu privato §. 5.
Tempus & conditionem non recipiunt §. 6.
Servitutem quinam constituant §. 7.
Et acquirant §. 8.

Ad

§. 1.



Occasione vicinitatis, inter homines invaluere *servitutes reales* sive *prædiales*, quæ, juxta communes utilitatis humanæ regulas, sunt *jura realia, quibus prædii alicujus possessor, ex prædio vicino, utilitatem aliquam percipit.* Romani hoc quidem agnoverunt, sed variis insuper subtilitatibus servitutes magis circumscripserunt. Verum eæ ab usu vitæ civilis abhorrent, ac in Germania nullius usus sunt, ceu ex sequentibus apparebit.

§. 2. Videntur autem otiosæ illæ subtilitates, si non omnes, certe pleræque, ex eo habere originem, quod *res rei servire* fuerit credita. Sed quam falsum sit illud præsuppositum, ex indole rerum moralium facile liquet: Bruta jurium & obligationum merito censentur esse incapacia, quis ergo credat, res inanimatas, recipiendis juribus & obligationibus, esse aptas? Ut per compendium ita loquamur, non intercedo, sed locutio illa, ad falsas hypotheses & consectaria, deducere non debet. Nihil ergo definitioni allatæ, ex usu Germaniæ, addendum esse arbitror.

§. 3. Dividuntur servitutes reales, (1.) à *diversitate prædiorum*, in *urbanas*, quæ ædificiis seu prædiis urbanis, & *rusticas*, quæ agris locisve vacuis, sive prædiis rusticis, inhærent *l. 1. de S. P. R. l. 1. Comm. prædior. l. 198. de V. S. §. 1. I. de Servit. rustic.* Potest etiam totum illud discrimen, sine aliquo damno, negligi, quia nullus ejus est effectus *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 243.* (1.) ab *utilitate præstanda*, in *negativas*, ubi quis non faciendo, & *affirmativas*, ubi patiendo utilitatem præstat,

poteſt tamen cum patientia factum poſſeſſoris concurrere, licet vulgo id haud credant, de quo poſtea. (3.) ab *exercitio*, in *continuas*, quæ ſine interruptione exercentur, & *diſcontinuas*, quarum exercitium intervallis diſtingvitur.

§. 4. Conſtituitur Servitus vel *autoritate legis poſitivæ*, vel *conſenſu eorum, quorum intereſt*. Prius fit vel immediate *v. l. f. §. f. C. de ſervit.* vel mediate, per judicem *l. 22. §. 3. fam. erciſc. l. 18. comm. divid.* & præſcriptionem conſtitutivam *l. f. in fin. C. de præſcript. long. temp.* Ad eam requiritur (1.) *poſſeſſio*, qua quis jus ſibi aſſerit, hinc qui precario re alterius utitur, nunquam præſcribit *v.* CARPZ. *p. 2. C. 4. D. 2.* acquiritur autem illa, quoad affirmativas, uſu, negativas, prohibitione & alterius acquieſcentia ſeu aſſenſu CARPZ. *d. l. D. 13.* (2.) *lapſus temporis*, de jure civili decennii vel vicennii *l. fin. C. de long. temp. præſcript.* ſed jure Saxonico, 30. annorum, anni & diei Saxonici CARPZOV. *p. 2. C. 4. D. 8.* (3.) ex communi ſententia, *bona fides vid.* OBSERV. LAUTERB. *Obſ. 248.*

§. 5. Poſterius fit vel in *ultima voluntate*, ubi ipſo jure, ſine traditione, ſervitus conſtituitur *l. 19. §. 1. quemad. ſerv. amitt. l. f. de ſerv. legat.* vel *inter vivos*, quo caſu, ſervitutes *negativæ*, ſola conventione conſtituuntur, quia nihil tradi poteſt, de jure tamen civili, *ceſſio* videtur neceſſaria fuiſſe *l. 39. de S. U. P. l. f. comm. præd.* HUBER *in poſit. I. de ſervit. n. 28. 29.* ſed *affirmativæ*, præter conventionem, etiam requirunt traditionem *l. 3. de O. & A. l. 11. §. 1. de public. in rem action.* Peragitur autem traditio, uſu & patientia *l. fin. de ſerv.* ac fruſtra pro *quaſi traditione* habetur, nam non *ſervitus*, ſed *res ſerviens* traditur *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obſerv. 247.*

§. 6. Servitutes ipſo jure, neque ex tempore, neque ad tempus, neque ſub conditione, neque ad conditionem, conſtitui poſſunt, ex æquitate tamen iſtæ adjectiones ſervantur *l. 4. de ſervit.* quam doctrinam, de ſola *ceſſione*, intelligendam eſſe cenſet HUBER *digreſſ. l. 4. c. 7. poſit. ad ff. de ſervit. n. 7. ſeqq.* ſed magis probabile videtur, quod, illas adjectiones, ſervitutum naturæ repugnare, crediderint JCti, adeoque omnem conſtitutionem temperatam, ſtricto jure, improbaverint; Quicquid tamen ſit, hodie tricarum Romanarum nullus eſt uſus.

§. 7. Conſtituunt ſervitutem domini *l. 6. pr. l. 8. comm. prædior. l. 2.*

de

de servit. qui liberam administrationem habent *l. f. C. de reb. alien. non alienand.* pleni & minus pleni *l. 11. §. 1. quemad. serv. amitt. II. f. 8.* resoluto tamen horum jure, servitus evanescit. Constituit etiam proprietarius, cum consensu usufructuarii, servitutem, nam penes hos omne hujus rei est arbitrium, nec obest *l. 15. §. f. de usufr.* nam de ejus sententia & lectione adhuc disputatur, præterea, admissa lectione vulgari, illa, velut rationi repugnans, recepta non est *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 246.*

§. 8. Acquirunt servitutem domini prædii dominantis *l. 6. 8. comm. præd.* etiam nudi proprietarii *l. 15. §. f. de usufr.* ut &, qui revocabile *l. 11. §. 1. quemad. serv. amitt.* & minus plenum habent dominium *II. f. 8. l. 1. §. 9. de superf.* per procuratorem quoque *l. 20. §. f. de A. R. D. l. 11. § 6. de pign. action.* & patrem, ratione castrensis fundi *l. 18. §. 3. de castr. pec.* de quibus omnibus, juxta æquitatem & usum Germaniæ, dubitandum non est, cum dubia, quæ subsunt, ex tricis Romanis oriantur, adeoque hodie cessent. Poterit etiam servitus, per tertium, hodie acquiri, modo alterius ratihabitio sequatur, hinc etiam per usufructuarium, socium & vicinum, illa alteri acquiritur, nec obtinent *l. 15. §. f. de usufr. l. 19. de S. P. R. l. 5. comm. prædior. vid.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 245.*

§. 9. Ad constituendam servitutem, requiruntur duo prædia *l. 5. §. 1. de S. P. R.* diversorum dominorum *l. 26. de S. U. P. l. 33. in fin. de S. R. P.* quorum alterum, *dominans*, alterum, *serviens* dicitur, nam si jura & obligationes, intuitu rerum, sunt constituendæ, hæ utique adesse debent. Requiruntur autem prædia (1.) *præsentia l. 1. §. 1. comm. præd. §. 3. I. de servit.* intuitu tamen futurorum servitus promitti potest *l. 23. §. f. de S. P. U. l. 25. §. 10. fam. ercisc. l. 10. de S. P. R.* (2.) *vicina*, quæ vicinitas, ex aptitudine præstandi utilitatem, æstimari debet *l. 7. §. 1. comm. præd. l. 1. pr. l. 38. 39. de S. P. U. l. 7. §. 1. l. f. de S. P. R. l. 5. 6. si serv. vindic.* (3.) *perpetuam servitutis causam habentia*, licet exercitium quandoque suspendatur *v. l. 28. de S. P. U. l. 4. §. f. l. 5. §. 1. de servit.*

§. 10. Hoc ultimum requisitum, mere Romanum est, & videtur *causa perpetua*, modo ad prædium dominans, modo serviens referri. Illo respectu, per *causam*, intellexere Romani incommodum, quod in

aliud prædium avertere cupimus, *perpetuitatem* vero *causæ*, ex eo æstimarunt, si quid naturaliter, licet non assidue, fiat *l. 28. de S. P. U.* Hôc autem, per *causam* intelligunt commodum, quod aliunde accipimus, *perpetuitatem* vero, hic non simpliciter ex eo, quod naturaliter quid fiat, judicant, sed potius, ut *naturale* & *continuum* sit, simul exigere videntur *d. l. 28.* & *l. un.* §. *4. de font.*

§. 11. Sed subtilitatum suarum parum hic fuere vel memores vel tenaces Romani, nam in applicatione doctrinæ, quoad prædia dominantia, sibi non satis constiterunt, quoad servientia autem, usus fori eam improbavit. Sic in *l. 28. de S. P. U.* servitus, pavimenti proluendi causa, constitui posse negatur, quod causa illa non sit perpetua seu naturalis, & tamen servitus fumi *l. 8. §. 5. si serv. vind.* cloacæ *l. 7. de servit.* admittitur, sed & hæc incommoda, non naturaliter existunt, sed manu fiunt. Porro ex cisterna servitus concedi posse negatur *l. un. §. 4. de font.* quia non habet causam perpetuam, seu aquam vivam, sed hodie, ex quocunque loco, constitui solet *l. 9. de S. P. R.* Ex quibus facile liquet, in Germania, inanes illas subtilitates, nullius esse usus, sed, constituendis servitutibus, quævis commoda vel incommoda, quæ circa prædia occurrere solent, sufficere *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 244.*

§. 12. Finis constituendarum servitutum est, ut *aliquam utilitatem ex re vicini* percipiamus *v. l. 19. de servit.* Hæc autem summatim vel in eo consistit, ut id, *quod nobis molestum est, in aliud prædium avertamus,* vel ut id, *quod utile & acceptum videtur, inde consequamur.* Pro certo autem supponendum est, quod hoc omne respiciat *homines,* non *res,* licet hæ hactenus considerentur, ut sine his, jura & obligationes, illis non inhæreant, quod præsuppositum, ad convellendas ineptas Romanorum subtilitates, utile est, quas nunc breviter explodemus.

§. 13. Scilicet, voluptatis causa servitus non est. Ut pomum decerpere liceat, ut spatiari, ut cœnare in alieno possimus, servitus imponi non potest *l. 8. de servit.* sed tamen, *amœnitatis causa*, etiam aqua duci potest *l. 3. de aqu. quotid.* & cui ignota est servitus *prospectus,* quæ, sine dubio, ad voluptatem pertinet? Si dicas, hæc etiam prædio utilia esse, cum ejus pretium augeant, tantundem etiam pro cæteris exem-

exemplis reſponderi poteſt. Sed non eſt, ut eo deveniamus, hoc unicum ſufficit, quod in arbitrio hominum ſit, etiam voluptatis cauſa, ſervitutes efficere.

§. 14. Neque exiſtimari debet, quod ex ejusmodi conventione, non *ſervitus*, ſed *jus* & *obligatio perſonalis* ſaltem oriatur, quod itidem JCtis perſvaſum videtur *v. l.* 13. *pr. comm. præd.* nam quibus rationibus jus reale, in aliis exemplis, oſtenditur, iisdem etiam illud, in præſenti exemplo, adſtrui poteſt. Conſtituitur v. gr. jus itineris; hoc ad omnes tranſit, quia ſcilicet, intuitu prædiorum, generaliter conſtitutum eſt, adeoque nullus poſſeſſor alia conditione, rem comparare ſolet aut poteſt: Sed iisdem quoque conditionibus, ſervitus, voluptatis cauſa, conſtitui, adeoque ad omnes poſſeſſores transmitti poterit!

§. 15. Porro utilitas præſtanda, non debet egredi uſum prædii dominantis, & commercii cauſa, non valet ſervitus *l.* 5. *in fin. de S. P. R.* ſed ſi tamen hoc agant vicini, nonne valebit conventio? Valebit, inquis, ſed ad effectum juris & actionis perſonalis *v.* HUBER *in poſit. ad l. de ſervit. n.* 6. *ſeqq.* Fateor, tale conſtitui poſſe, ſed ſi plus intendant, & jus reale conſtituere velint, nonne & hoc valebit? nihil ſane prohibet; Jura propter homines ſunt reperta, & licet propter prædium, jus poſſeſſori concedatur, attamen nulla ratio poſtulat, ut illud, uſu prædii, circumſcribamus, ſed hæc circumſpriptio otioſis ſpeculationibus eſt introducta, ac ab uſu vitæ civilis abhorret.

§. 16. Ulterius ſervitutum non ea natura eſſe cenſetur, ut aliquid faciat quis, veluti viridaria tollat, aut amœniorem proſpectum præſtet, aut in ſuo pingat: Sed ut aliquid patiatur, aut non faciat *l.* 15. *§.* 1. *de ſervit. l.* 6. *§.* 2. *ſi ſerv. vindic.* Verum & hoc ad inanes ſubtilitates referri debet: Si poſſeſſori prædii ſervientis obligatio, ad patiendum & non faciendum, imponi, eaque ad omnes futuros poſſeſſores transmitti poteſt, etiam obligationem, ad faciendum, eadem ratione, conſtituere licet, nam quæ transmiſſionis ratio, quoad illam allegari poteſt, eadem quoque, quoad hanc, obtinet; tranſit nimirum obligatio in futuros poſſeſſores, quia hi rem ſine onere comparare non poſſunt, adeoque, hanc comparando, in onus illud conſentiunt.

§. 17. Hodie igitur omnino ſervitutes, in faciendo conſiſtentes, conſtitui poſſunt. Sic dantur furni & molendina bannalia, in quibus

vici-

vicini aliquid facere, panem scilicet coquere, & molere tenentur, illa autem jura bannaria, cum servitutibus, convenire censet DN. STRYK *in continuat. usus moder. Pand. l. 8. tit. 1.* Neque vero hujus rei ratio specialis est, quasi non cum personis singularibus, sed integra universitate, quæ non moriatur, pacta ineantur, quæ adeo futura etiam universitatis membra obligent; Nam causa transmissæ obligationis, non alia est, quam quod successores in onus, quod deprecari nequeunt, consentiant, quæ ratio, in singularibus etiam prædiorum possessoribus, obtinet.

§. 18. Non minus Rustici, operas suas, prædio vicini præstare tenentur, quo ipso servitus, in faciendo consistens, iterum apparet, cujus etiam nulla specialis est ratio, quasi non persona, sed prædium serviat, *das gut sey dienstpflichtig*, nam qua facilitate id, hoc casu, asseritur, eâdem, in omnibus illud asseri potest, deinde falsum est, quod obligetur prædium; obligatio afficit personas, sed cum respectu ad prædium, cum vero, in hoc exemplo, obligatio transmissibilis, consensu hominum, effici queat, idem in aliis quoque fieri poterit.

§. 19. Et ut explicatius, de obligatione faciendi, circa res servientes, constet, arbitror, eam vel ex *ordinaria servitutum natura*, vel ex *conventione speciali*, dependere. Primum quod attinet, distingvendum est, utrum *res serviens, soli prædii dominantis domino utilitatem afferat*, an *servientis domino quoque simul utilis sit.* Illo casu verum est, quod dominus prædii servientis, saltem aliquid pati, vel non facere teneatur: Hoc vero onus commune, ac, pro ratione utilitatis acceptæ, inter utrumque, distribuendum erit.

§. 20. Sic si quis servitutem viæ vel rivi, in meo agro, suæ saltem utilitatis gratia, habeat, is utique à me, ejus refectionem & purgationem frustra exiget, sed suis sumtibus eam peragere debebit. Verum si alicui servitutem aquæ superfluæ, *des absfals*, concessero, quod in nonnullis urbibus non raro fieri solet, an dominus prædii dominantis, aquarium meum, *den Wassertrog*, aliaque instrumenta, quibus, ex hydraulo, aqua adducitur, sarta tecta conservare tenebitur? nemo hoc dixerit, sed hoc onus aut faciendi necessitas, ad dominum prædii servientis pertinet: Verum tamen est, quod ille tubos, aquæ in prædium suum derivandæ gratia, positos, suis sumtibus, debeat conservare integros, si servitute frui velit.

§. 21. Ita,

§. 21. Ita juxta ordinariam servitutum naturam pronunciandum putamus: Sed conventione speciali, faciendi necessitas magis intendi potest. Sic poterit vicinus promittere, quod in usum prædii nostri certam ligni quantitatem equis suis advehere velit, nam ex hoc pacto, accedente possessione, non tantum jus, in omnes prædii dominantis possessores, transiturum, sed & obligatio, quemvis prædii servientis dominum, obstrictura, oritur, nec valet exceptio: *pactum non rem, sed personam afficere, adeoque promissorem, sua promissione, tertium obstringere non posse*, nam efficere tamen potest, ut tertius, si prædium habere velit, obligationem constitutam, in se debeat suscipere, quæ etiam unica, in omnibus servitutibus, transmissionis est ratio.

§. 22. Servitute *promissa*, oritur jus & actio personalis, qua tam ejus constitutio, quam id, quod pro ea promissum est, exigi potest: Quodsi, ante constitutionem, res servitura alienetur, sperata servitus intercidit, nec potest contra novum possessorem agi, sed alienatio, à futuri dominantis prædii domino, si rerum suarum satagat, facile impediri potest. *Constituta* autem servitute *v.* §. *4.5.* oritur jus reale, quo, à quovis prædii servientis domino, intenta utilitas exigi potest.

§. 23. Hoc jus reale, eique respondens obligatio, ad quoscunque possessores transmittitur *l. 12. comm. præd. l. 23. §. 2. de S. R. P. l 20. §. 1. de A. R. D.* est quoque individuum *l. 17. de servit. l. 72. de V. O. l. 1. §. 9. ad L. Falcid.* VINN. *S. Q. l. 1. c. 28.* quia scilicet objectum divisionem non recipit. Nonnullæ tamen servitutes, non tam *individuæ*, quam saltem *indivisæ* sunt, quas adeo dividere licet: Sic nihil vetat, quo minus jus pascendi, ex numero pecorum pascendorum, vel locis pastui destinatis, dividatur *v. l. 23. §. f. de S. R. P.*

§. 24. Censetur etiam servitus omnibus fundi partibus inhærere *l. 9. de servit. l. 13. §. 1. l. 21. 23. §. 3. de S. R. P.* ex quo deducunt, quod is, qui iter habet, per quamlibet fundi partem ire possit, sed ita, ut, certa parte electa, reliquæ liberæ sint, vel locus exercendæ servitutis, ex æquitatis præscripto, definiri debeat *l. 9. de servit. l. 13. §. 1. l. 26. de S. R. P.* Cæterum uti illimitata illa licentia, ad servitutes traditione constitutas, non pertinet, cum ipsa constitutio restrictionem necessario involvat, ita, ex veris hypothesibus, plane asseri non potest: obligatio serviendi, non Rei, sed Possessori inhæret, hinc, eam civiliter esse intelli-

Ddd telli-

telligendam de loco, in quo servitus exerceri solet, ultro liquet; Hoc facto, etiam cessant ambages, quæ licentiam illam, ex doctrina Romana, sequuntur.

§. 25. De cætero jus illud reale, varium est, pro diversa, quam intendimus, utilitate, eoque dominus prædii dominantis utitur, secundum ipsius naturam vel modum conventum *l. 10. §. 1. quemadm. serv. amitt. l. 24. de S. R. P. l. 11. commun. præd. l. 20. §. 1. de S. P. U. v.* CARPZ. *p. 2. Dec. 106.* Aliis ejus usum non concedit, nisi conventio id ei permittat *l. 24. 33 §. 1. de S. P. R.* aucto fundo, servitus quoque, in casibus habilibus, augetur *l. 3. §. 2. de aqu. quotid. & æstiv. l. 18. §. 1. de pign. act. l. 16. de pign.* CARPZ. *L. 1. Resp. 45.* Ob jus suum, dominus prædii dominantis rem servientem quoque possidet *l. 32. §. 1. de S. P. U.* eamque à quovis possessore vindicat *tot. tit. si serv. vindic.* Dominus prædii servientis, servitutis usum impedire non debet *l. 13. §. 1. de S. P. R.* & nihil facere cogitur *l. 15. §. 1. de servit.* sed hoc ultimum servitutum natura non exigit *v. §. 16. seqq.*

§. 26. Amittitur servitus vel *naturaliter* ob consensum, vel *civiliter*, per præscriptionem. Prius contingit (1.) lapsu temporis *l. 4. de servit. l. 13. de S. R. P.* (2.) resoluto jure constituentis, qui revocabile dominium habuit *l. 11. §. 1. quemad. serv. amitt. II. f. 8.* (3.) confusione, si quis utriusque prædii irrevocabiliter & in solidum fiat dominus *l. 1. 15. quemad. serv. amitt. l. 10. comm. prædior. l. 30. de S. P. U. vid. l. 8. §. 1. de serv. l. 30. §. 1. de S. P. U. l. 34. de S. P. R.* confusione temporaria intercedente, servitus, ea sublata, restituitur *l. 7. de fund. dot. l. 18. de serv. l. 9. comm. præd. l. 2. §. 18. de hered. & act. vend.* (4.) rei interitu *l. 8. §. 1. de serv. l. 13. de S. R. P. l. 20. §. 2. l. 31. de S. P. U. l. 14. quemad. serv. amitt. l. 23. 24. quib. mod. ususfr.* (5.) remissione expressa *l. 6. 14. §. 1. de serv. l. 17. in fin. comm. præd.* & tacita *l. 8. quemad. serv. amitt. v. l. 21. de S. P. U. l. 20. pr. de S. P. R.* ejus qui plenum, irrevocabile & liberum habet dominium *v. l. 5. 7. de fund. dot.*

§. 27. Præscriptio extinctiva servitutum requirit (1.) *possessionem libertatis*, in hac constituitur dominus prædii servientis, quoad servitutes *negativas*, si actum servituti contrarium suscipiat, ac dominus prædii dominantis non contradicat *l. 6. 7. 32. §. 1. de S. P. U. l. 18. §. 2. quemad. serv. amitt.* quoad *affirmativas* vero, si prædii dominantis dominus usum

usum penitus omittat *l. 10. 18. quemad. serv. amitt.* quodsi usus ex parte maneat v. gr. exemto tigno, foramen non obturetur, tum possessio & præscriptio cessat. Hunc effectum cum incommode, à qualitate urbana, deduxerit JCtus in *l. 6. de S. P. U.* inde vulgaris error enatus est, quasi inter servitutes rusticas & urbanas, quoad præscriptionem, discrimen sit *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 260.* conf. *l. 2. 8. §. 1. l. 9. 11. pr. quemad. serv. amitt. l. 9. §. 1. si serv. vindic. l. 20. quib. mod. ususfr. amitt. l. 20. seqq. l. 19. §. 1. l. 10. pr. quemad. serv. amitt.*

§. 28. Postea requirit ex communi sententia (2.) *bonam fidem*, quæ tamen solum, quoad servitutes negativas & affirmativas, in quibus, ex facto domini prædii servientis, possessio libertatis oritur, necessaria videtur. nam quoad affirmativas, quæ solo non usu pereunt, incongrue eadem exigitur (3.) *lapsum temporis.* Requiritur longum tempus *l. p. C. de serv.* quodsi servitutis usus, per intervalla longiora, v. gr. mensium vel annorum, sit distinctus, duplicato tempore opus est *l. 7. quemad. serv. amitt. l. f. C. de servit.*

§. 29. Est quidem servitus realis, intervallis ejusmodi distincta, *servitus una*, quoad *essentiam*, eoque nomine differt ab usufructu alternis annis dato, ubi plures sunt ususfructus *l. 13. de usufr. leg. l. 28. quib. mod. ususfr. amitt.* nihilominus tamen est *servitus* quodammodo *duplex*, quoad *exercitium*, hinc ejus præscriptio duplicatum tempus exigit. Minora intervalla, dierum vel horarum, haud attenduntur, sed servitus, illis distincta, consveto tempore amittitur *d. l. 7. quemad. serv. amitt.* Jure Saxonico, dubio procul 30. anni, annus & dies, ad præscriptionem extinctivam regulariter requiruntur, quod tempus, in casibus memoratis, forte duplicandum non est.

§. 30. Illud obiter explicandum, cur ususfructus alternis annis datus, plures involvat ususfructus, servitus vero realis, ita constituta, una sit? Paulus in *l. 13. de usufr. legat.* ait, *viæ servitus una est, quia natura sui habet intermissionem*, quæ tamen ratio nihil explicat. Videtur itaque potius differentiæ ratio inde dependere, quod ususfructus *certæ personæ*, servitus realis vero, *personæ in genere ac velut immortali*, constituatur, nam hoc posito, conditio: *si vivendo annum attigerit*, recte, illo casu, adjicitur, atque ita ususfructus multiplicatur, sed, hoc casu, frustra eadem exigitur, hinc una est servitus.

§. 31. Illud hodie nihil refert, sive *ipso jure*, sive *ope exceptionis*, servitutem extingvi dicas, ut frustra omnino discrimen illud adhuc inculcent interpretes. Equidem EBERTUS *de eo quod fit ipſ. jur. memb. 2. Sect. 1. n. 4. p. 257.* censet, *exceptionem pacti, ei non prodesse, qui prædium serviens usuceperit, quia neque modo singulari neque universali, paciscenti, ex ejusdem voluntate, successerit; eum vero tutum esse futurum, si ipso jure prædio quæsita esset libertas.* Sed illa gratis finguntur: usucapio tantum operatur, quantum voluntaria translatio, hinc libertas pacto quæsita, usucapienti omnino etiam prodest.

CAPUT XIV.
DE VARIIS SERVITUTUM SPECIEBUS.

SUMMARIA.

§. 1.

SErvitutes reales, distingvi in *Urbanas* & *Rusticas*, diximus *c. præc. §. 3.* Tam illarum, quam harum plures occurrunt species, quas tamen, sine illo discrimine, etiam recensere licet. Interim observato illo, potiores breviter commemorabo. Inter urbanas igitur occurrit (1.) *servitus oneris ferendi*, qua paries onus vicini sustinere cogitur *l. 33. de S. P. U.* ita ut res serviens, à domino sit reficienda *l. 6. §. 2. l. 8. si serv. vind.* quod hic singulare est, juxta hypotheses Romanas, ut frustra hoc neget STRAUCH. *dissert. 7. §. 11.* STRUV. *S. J. C. exerc. 13. §. 9. 34.* Hodie tamen nihil singulare est, cum necessitas faciendi, omnibus servitutibus, positis terminis habilibus, conveniat *c. præc. §. 16. seqq.*

§. 2. Por-

§. 2. Porro (2.) *servitus tigni immittendi*, qua vicino licet trabem vel simile quid immittere in vicini parietem *l. 20. 25. de S. P. U. l. 8. §. 1. si serv. vind. l. 242. §. 1. de V. S.* serviens parietem non reficit *l. 8. §. 2. si serv. vind.* quod hactenus admitti potest, si paries soli prædio dominanti serviat, sed si servienti quoque utilitatem & quidem, quod plerumque fieri solet, præcipuam exhibeat, ad hujus dominum quoque refectio pertinebit (3.) *Projiciendi protegendive*, qua quis, ex ædificio suo, aliquid, supra vicini aream, ita porrectum habet, ut in vicini re non requiescat *l. 2. 20. de S. P. U. l. 80. §. 1. de C. E. V. l. 242. §. 1. de V. S.*

§. 3. Servitus (4.) *altius tollendi & non tollendi*, qua quis ædes suas altius tollere prohibetur, adeoque hoc jus soli vicino relinquere cogitur *l. 2. 9. 12. 14. 24. de S. P. U. l. 8. C. de servit.* nam una servitus est: prior denominatio, *jus*, posterior, *obligationem* exprimit. Vulgaris explicatio, quæ jus altius tollendi, in casu statuti, libertatem ædificandi restringentis, locum habere censet, parum probabilis est, nam ejusmodi statuta, quibus conventione privata derogari queat, non dantur, præterea, iis admissis, non servitus altius tollendi conventione introducitur, sed libertas saltem restituitur. Sententia Carpzovii *p. 2. C. 41. D. 13.* qua servitutem altius tollendi ex eo æstimat, si vicinus in usum nostrum, ædes suas altius tollere teneatur, moribus nostris etiam admitti potest.

§. 4. Servitus (4.) *Luminum & ne luminibus officiatur*, qua vicinus lumini alterius officere prohibetur, nam & hic una servitus est, cujus altera denominatio, prædium dominans, altera serviens respicit, in quem sensum accipienda *l. 4. 15. 16. 17. pr. §. 1. 2. l. 23. de S. P. U.* De cætero illa servitus vel respicit parietem *alienum* aut *communem*, ubi quidem ejus necessitas facile apparet *l. 40. de S. P. U. l. 8. C. de servit.* vel *proprium*, hujus intuitu, illa quidem necessaria non videtur, cum, jure libertatis, proprium parietem quivis aperire queat *v. l. 8. §. 5. si serv. vind.* Carpz. *p. 2. C. 41. D. 12.* verum si nolit, ut vicinus contra ædificet *v. l 9. 10. de S. P. U.* servitute omnino opus est.

§. 5. Ulterius servitus (6.) *prospectus & ne prospectui officiatur*, qui termini quoque eandem rem notant, sed cum relatione antea notata *v. l. 15. 16. de S. P. U.* (7.) *servitus fumi l. 8. §. 5. si serv. vindic.* (8.) *positum non habendi l. 17. §. 1. eod.* quæ omnes, ex solo fere nomine

 intel-

intelliguntur (9.) *servitus cloacæ immittendæ*, qua quis colluviem, per fossam, vel incile, in vicini aream derivare potest *l. 7. de servit. l. un. §. 4. 6. de cloac.* (10.) *stillicidii aut fluminis avertendi*, qua aquam, in aream vicini avertere possumus, eo casu, quo per libertatem hoc non licebat, aut, cum liceret, facultatem mutandi rem suam, vicino auferimus *v. l. 20. §. 3. de S. P. U.* (11.) *stillicidii aut fluminis non avertendi*, ob quam stillicidium, quod tamen libertas permittebat, in vicini fundum avertere non possumus *vid.* STRAUCH. *differt. 7. §. 13.*

§. 6. Ad servitutes rusticas pertinet (1.) *Iter* quod est jus eundi, ambulandi per prædium vicinum *l. 1. 7. 12. de S. P. R. l. 20. quemad. serv. amitt. l. 1. §. p. de itin. actuque priv.* (2.) *actus* i. e. jus agendi jumentum vel vehiculum, per prædium alienum *l. 1. pr. l. 7. 12. 13. §. 2. de S. P. R. l 13. de servit. l. 58. de V. O. l. 9. §. 2. de novat. l. 4. §. 1 si serv. vindic.* (3.) *Via*, quæ est servitus eundi, ambulandi, agendi, lapidem ad tignum trahendi & hastam rectam ferendi *l. 1. pr. l. 7. pr. l. 8. l. 13. §. 2. l. 23. de S. P. R. Weichbild art. 130.* quod ultimum nonnulli de militibus Romanis, qui hastas ita gestaverint, exaudiunt *v.* STRAUCH. *differt. 7. §. 7.* alii vehicula, ad hastæ altitudinem, onerata per viam duci posse censent *v.* STRYK *in contin. usus modern. ff. l. 8. tit. 3. §. 5.* de cætero possunt illæ servitutes, pluribus per eundem locum concedi *l. 15. comm. prædior.*

§. 7. Servitus (4.) *aquæductus*, qua per vicini prædium aquam ducimus *l. 1. pr. l. 9. de S. P. R. l. 1. §. 5. de aqu. quotid. v. l. 24. 29. de S. P. R.* cæterum id accipiendum est de eo casu, ubi per rivos aqua ducitur, si autem, intuitu ædificiorum, aqua per tubos ducatur, tum aquæductus servitutibus urbanis potius accenseri debet (5.) *aquæ haustus*, qua ex alieno fundo, aquam haurire licet *l. 1. §. 1. l. 9. l. 3. §. 3. de S. P. R. l. 17. quemad. servit. amitt.* CARPZ. *p. 2. C. 41. D. 16.* (6.) *pecoris ad aquam appulsus*, qua pecora ad fontem vel flumen vicini agere possumus *l. 1. §. 1. l. 2. §. 1. 2. l. 4. 5. de S. P. R. l. 1. §. 18. de aqu. quotid.*

§. 8. Servitus (7.) *pascendi*, qua pecora, in alieno fundo pascere licet *l. 4. l. 13. §. 1. de S. P. R.* CARPZ. *p. 2. C. 41. D. 1.* in locis publicis, *auf der gemeinen Weyde*, non jure servitutis, sed universitatis, pecora pascuntur *v.* CARPZ. *d. p. 2. C. 41. D. 7.* Dominus prædii servientis, peco-

pecora quoque sua, in loco concesso, pascere potest *v.* BERLICH *Decis.* 201. CARPZ. *d. l. D.* 8. dominus vero prædii dominantis, in exercitio hujus juris, locum & tempus pastui destinatum, ut & speciem & numerum animalium pascendorum observare tenetur *v.* CARPZ. *p.* 2. *Dec.* 106. DN. BARTH. *dissert.* de jure pascendi *hab. Lips.* 1693.

§. 9. A jure pascendi, distingvi solet jus compascui *die Kuppel-Weide*, quod mutuum precarium esse censetur, adeoque nullo tempore præscribitur, ac semper ei renunciari potest CARPZ. *p.* 2. *C.* 41. *D.* 9. quod hactenus admitti potest, quatenus, in nudæ familiaritatis & benevolæ concessionis terminis, res illa consistit. Sed uti dubitandum non est, quin aliquando possessio mutari, atque ita constans jus acquiri queat, ita si cohabitantium utilitas, communionem pascendi exigat, consvetudine illa sic confirmari potest, ut ei renunciare non liceat *v.* MEV. *p.* 5. *D.* 252.

§. 10. Præterea servitutibus rusticis annumeratur (8.) jus calcis coquendæ (9.) arenæ (10.) cretæ fodiendæ (11.) lapides eximendi *l.* 1. §. 1. *l.* 5. 6. §. 1. *de S. P. R.* (12.) fructus in vicina villa cogendi (13.) pedamenta ad vineam, ex vicini prædio, sumendi *l.* 3. §. 1. *cod.* (14.) navigandi per lacum in alterius fundum *l.* 23. §. 1. *eod.* & similia, quæ solo fere nomine satis explicantur, ut definitiones addere, operæ pretium non sit.

§. 11. Sed illa, exemplorum loco, haberi debent, nam plures alias servitutes, pro ratione variorum commodorum & incommodorum, constitui posse, certum est, inprimis si suspectas Romanorum hypotheses removeas. Sic jus venandi, in agris & sylvis alienis, aut in specie, jus capiendi alaudas, *das lerchen streichen* servitutibus hodie recte annumerabitur, licet, ex principiis Romanis, sit incognitum. Potest etiam talis servitus constitui, ut vicinus aquam, ex tecto nostro manantem, canali suo excipere cogatur, qualis inprimis locum invenire potest, si ædes pinnaculo conspicuæ, ædificiis frontem exhibentibus, sint permixtæ.

§. 12. Dantur alias jura quoque alia, quæ prædiis velut inhærent, ut jurisdictio, jus Patronatus, metallifodinarum similiaque, nec non jus coquendi vel vendendi cerevisiam, quæ pro servitutibus haberi non posse videntur. Discrimen forte ita generaliter constituendum est, ut toties

toties servitutem adesse dicamus, quoties, ex prædio vicini, utilitas percipitur, aliud jus vero, servituti contradistingvendum, afferamus quoties indefinite ex aliis utilitas aliqua nobis obvenit. Sæpe etiam jura ejusmodi nihil aliud sunt, quam partes aut effectus dominii, certe jus braxandi seu coquendi cerevisiam, tale est, quamdiu lex positiva dominium non restrinxit.

CAPUT XV.
DE ACTIONE CONFESSORIA ET NEGATORIA.

SUMMARIA.

§. 1.



Ervitutibus personalibus & realibus commune est quod certis quibusdam actionibus defendi aut op[pugnari] queant. Eo pertinent remedia possessori[a] *l. 1. §. 9. l. 3. §. 13. 14. 17. de vi & vi arm. l. fin. uti possid[etis]* *tot. tit. de itin. actuque priv.* & *seqq.* & petitoria, nempe Actio *Confessoria* & *Negatoria.* Illa est *actio realis, ex servitute constituta descendens, qua res serviens à quovis possessore, ad effectum percipiendæ utilitatis concessæ, repetitur v. l. 2. pr. l. 6. §. 3. l. 8. §. 3. 4 si serv. vind. l. 5. pr. §. 1 si usufr. petat.* Distingvitur in *directam* & *utilem* *l. 16. de servit.* sed illis tricis non utimur.

§. 2. Descendit ex servitute *constituta*, reali vel personali, qua[e] probanda *l. 9. C. de serv.* Ex regulis tamen prudentiæ, tum demum actio confessoria institui debet, si adversarius sit in possessione liber[]tatis, nam alias, si quis rem servientem possideat, eum, qui ad libertatem adsp[...]

adſpirat, ſeque in exercitio ſervitutis turbat, interdicto retinendæ poſſeſſionis potius repellit, ac poſſeſſione tamdiu fruitur, donec actio negatoria, ab adverſario inſtituenda, ad finem fuerit perducta.

§. 3. Competit confeſſoria illi, cui, vel cujus prædio ſervitus eſt conſtituta *l. 5. pr. ſi uſusfr. petat. l. 2. §. 1. l. 6. §. 3. ſi ſerv. vindic.* etiam ei, qui rei dominantis in ſolidum dominus non eſt *l. 4. §. 3. l. 6. §. 4. ſi ſerv. vind.* licet ſervitutem quaſi poſſideat, quod velut ſingulare ex *l. 6. §. 1. ſi ſerv. vind.* notare ſolent *v.* LAUTERB. *C. J. d. t. lit. S.* ſed nihil ſingulare eſt; dominus etiam, qui Rei vindicatione utitur, dominium poſſidet, rem tamen non habet, hinc vindicatione opus eſt: Ita is, cui ſervitus conſtituta, jus quidem habet, ſed res ſerviens ei eſt ablata, quam adeo actione repetit: Fluunt hoc, aliaque ejus generis ſingularia, ex quaſi poſſeſſione & vindicatione rerum incorporalium, quam fruſtra ſibi hic imaginantur interpretes.

§. 4. Licet vero domino dominantis prædii confeſſoria detur, attamen, ſi in poſſeſſione prædii ſit, ejus dominium probare non tenetur, nam de hoc regulariter non eſt controverſia, ſed de ſervitutis jure quæritur; præterea ſi dominus prædii ſervientis, actoris dominium, in dubium etiam vocare velit, contra ipſum ſufficit ſola poſſeſſio, niſi forte, ſibi dominium competere, oſtendere nitatur. Quodſi autem quis ſervitutem fundo, quem non poſſidet, vindicare velit, tum ei quæſtio præjudicialis, de dominio, recte movebitur, hinc etiam cum effectu confeſſoriam inſtituere non poterit, niſi dominio prædii dominantis probato *l. 16. 17. de except.*

§. 5. Datur etiam confeſſoria Emphyteutæ *l. 16. de ſervit.* ſuperficiario *l. 1. §. f. de ſuperfic. l. 3. §. 3. de nov. oper. nunc.* vaſallo *II. f. 8.* creditori cui fundus oppignoratus *l. 16. de ſerv. l. 9. de nov. oper. nunc.* uſufructuario, ad vindicandas ſervitutes, fundo fructuario debitas *l. un. §. 4. de remiſſ.* Uti autem, hiſce caſibus, nomen *actionis utilis* gerit, ita inprimis circa uſufructuarium, Romani tricantur, ceu liquet ex *l. 1. pr. l. 5. §. 1. ſi uſusfr. pet. l. 1. §. fin. de nov. oper. nunc. l. un. §. 3. 4. de remiſſ.* quarum tricarum hodie nulla eſt utilitas.

§. 6. Datur hæc actio contra dominum prædii ſerviendis *l. 6. §. 3. l. 4. §. 4. ſi ſerv. vind.* & quemvis impedientem *l. 10. §. 1. eod. l. 5. §. 1. ſi uſusfr. pet.* ad vindicandam rem ſervientem, non ſervitutem con-

 ſtitu-

ſtitutam, ut vulgo dicunt *v.* LAUTERB. *C. J. ſi ſerv. vind. lit. O.* nam eadem res non poterit ſimul eſſe actionis *fundamentum* & *objectum*, adeoque eodem tempore, penes actorem exiſtere & non exiſtere *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obſ. 254.* præter rem ſervientem, exiguntur etiam fructus intercepti *l. 4. §. 2. l. 6. §. 6. ſi ſerv. vind. l. 5. §. 3. fin. ſi uſusfr. pet.* ut & cautio *l. 7. ſi ſerv. vind. l. 3. C. de V. & R. S.* CARPZ. *1. Rſp. 20. 69.* contra contumacem juratur in litem *d. l. 7.* quæ tamen coercendi ratio, hodie non videtur uſitata

§. 7. Solet uſus actionis confeſſoriæ, ad defenſionem aliorum jurium, ut jurisdictionis patrimonialis, juris Patronatus, decimarum, operarum, juris venandi & ſimilium, ab interpretibus extendi, nam *utilis confeſſoria*, eorum intuitu locum habere cenſetur, id quod hactenus admitti poteſt, quatenus jura illa, in fundo alieno, exercentur, aſt ſi proprium reſpiciant, quod, circa jurisdictionem & jus venandi, non raro contingere poteſt, tum potius *Rei vindicatio* aſſerenda videtur. Sed nolim de his contendere, nam de ſolo nomine quæſtio eſt, quin enim jura illa, actionem, naturæ ſuæ convenientem, producant, dubitari non debet.

§. 8. Actioni Confeſſoriæ opponuntur *Negatoria*, quæ eſt *ipſa rei vindicatio, qua dominus prædii liberi, rem ſuam, ab alio, ex prætenſa ſervitute, poſſeſſam, cum fructibus vindicat* *v. l. 2. pr. l. 4. §. 7. ſi ſerv. vind. l. 5. ſi uſusfr. pet.* Eſt revera ſpecies rei vindicationis, quod nonnullis forte paradoxon videbitur, differt tamen à conſveta rei vindicatione in eo, quod hæc detur contra eum, qui rem noſtram ut dominus poſſidet, hinc etiam actor dominium probare debet, ſed Negatoria contra illum, qui rem noſtram ex prætenſa ſervitute, adeoque particulariter ſaltem, tenet, hinc etiam non de *dominio* (utpote cujus reſpectu, actor in poſſeſſione non controverſa eſt, adeoque eadem ſecure hactenus nititur) ſed de *ejus libertate*, ac *oppoſita ſervitute* ſolum quæritur, ad quam omnis etiam probatio dirigenda.

§. 9. Deſcendit hæc actio ex *dominio libero*, cumque libertas præſumatur, conſtitutio vero ſervitutis, ſit facti, ac ejus negatio, morali æſtimatione, probari nequeat, hinc, ex veriori ſententia, actor non debet probare dominii libertatem, ſed poſſeſſor potius & reus, tenetur probare ſervitutem CARPZ. *l. 1. Rſp. 67.* RICHTER *Deciſ. 18. n. 63.*

v. OB-

v. Observ. Lauterb. *Obſ.* 256. quin tamen actor probationem eliſivam, qua ſcilicet Rei probationem elidere conatur, ſuſcipere debeat, dubitandum non eſt.

§. 10. Datur actio negatoria domino prædii liberi *v. l. 2. pr. l. 4. §. 7. ſi ſerv. vind. l. 5. ſi uſusfr. pet.* contra illum, qui, ex prætenſa ſervitute, rem ejus poſſidet. Quando autem poſſeſſionem, à parte adverſarii, requirimus, hoc non, in eam partem, accipiendum eſt, quaſi actio negatoria non etiam poſſit inſtitui contra eum, qui prima vice ſervitutem ſibi aſſerit, adeoque hactenus in ejus poſſeſſione nondum eſt. Poteſt ſane hic etiam actione negatoria conveniri *v. l. 8. §. 5. l. 17. pr. ſi ſerv. vind.* ſed conſultum non eſt, rectius ille, interdicto retinendæ poſſeſſionis, repellitur: Verum ubi adverſarius in poſſeſſorio vel obtinuit, vel victurus præſumitur, tum actio negatoria, in ſubſidium vocanda eſt.

§. 11. Vindicatur res noſtra, ab altero, ex prætenſa ſervitute, detenta: Actor quidem rem poſſidet civiliter, ut dominus, ſed adverſarius eam quoque tenet naturaliter, ex jactato ſervitutis jure; hac igitur poſſeſſione ut ille abſcedat, & rem liberam nobis reddat, ac impoſterum relinquat, actione negatoria exigimus *v. l. 6. §. f. arb. furt. cæſ. l. f. de arbor. cæd. l. 9. §. 2. in fin. de damn. inf.* Cautio quoque *l. 7. 12. ſi ſerv. vind.* & fructus *l. 5. §. f. ſi uſusfr. pet. l. 4. §. 2. ſi ſerv. vind.* hac actione petuntur, quemadmodum etiam certum eſt, quod illi, qui in rebus noſtris, alia jura, quæ, ex hypotheſibus præcipue Romanis, pro ſervitutibus haberi nequeunt, ſibi aſſerunt; actione negatoria repelli queant *add.* Lauterb. *C. J. de ſervit. ſeqq.*

§. 12. Inolitum valde præjudicium eſt, quo controverſiæ de dominio, *rerum corporalium*, de ſervitute, *rerum incorporalium* eſſe exiſtimantur, quod nullo niti fundamento, ex hactenus dictis ſatis liquet. Sunt controverſiæ illæ, ejuſdem plane indolis: dominus nititur dominio, & petit rem corporalem propriam; quando ſervitus vel aſſeritur, vel negatur, actor quoque ſe fundat vel in jure ſervitutis, vel dominii liberi, ac petit rem corporalem ſervientem vel liberam. Hoc unicum ergo errori anſam præbuiſſe videtur, quod, illo caſu, res tota, hoc vero, ex parte, quatenus ſervit, aut libera eſt, petatur. Ipſi Romani illo præjudicio laborant *v. l. 14. 20. de ſervit.* & Juſtinianus §. 2.

l. de action. ait: *actionem negatoriam, in controversiis rerum corporalium, non esse proditam,* quæ adeo locutio parum apta censeri debet.

§ 13. Interim verum est, quod non eadem agendi ratio occurrat circa servitutem & dominium: *Illa* asseri & negari potest, adeoque, circa eam, occurrit actio confessoria & negatoria. *Hoc* tantum asseri debet, ejus vero negatio vel inutilis, vel non necessaria est, nam si alius rem teneas, & alius se jactet dominum, non opus est, ut illum actione negativa repellas, cum possessione secure niti, & jactatoris actionem expectare tibi liceat, hinc, circa dominium, tantum actio affirmativa non negativa datur.

§. 14. Quodsi tamen, te possidente, alius non tantum se jactet dominum, sed & à verbis ad facta procedat, ac possessionem arripiat, tum interdicto retinendæ possessionis repelli potest, quod etiam actio negatoria est, eo præcipue casu, quo alterius possessio, est recens, nam tum sufficit eam negasse, atque ita usus actionis negatoriæ, circa dominium, quoque conspicitur. Breviter: circa servitutem datur actio *negativa, petitoria* & *possessoria,* sed, circa dominium, tantum *possessoria.* Atque hic forte est ille *unus casus,* quo possessorem actione negatoria agere, dixit Justinianus §. 2. *I. de action.* id quod, ex collatione *l. 1. §. 6. uti possid.* etiam probabile fit, de qua controversia joculari pluscula dixi in OBSERV. LAUTERB. *Obs. 257.* & in DISSERTAT. EPISTOL. *ad D. Jauchium.*

CAPUT XVI.
DE PIGNORIBUS.

SUMMARIA.

Pignoris diversa acceptio §. 1.
Sumitur id inprimis pro jure reali §. 2.
Ejus varietas §. 3. 4.
Pignus privatum constituit dominus liber §. 5. 6.
Ultima voluntate vel conventione §. 7.
In omnis generis rebus §. 8.
Effectus pignoris constituti §. 9.
Petitur res oppignorata interdicto Salviano §. 9. 10. 11.
Et actione hypothecaria §. 12.
Ejus fundamentum §. 13.
Datur creditori §. 14.
Contra quemvis possessorem §. 15.
Ad consequendam rem oppignoratam §. 16.
Actionis hypothecariæ præscriptio §. 17.
Comparatio cum interdicto Salviano §. 18.
Pignus operatur retentionem §. 19.
Et prælationem §. 20.
Quæ ex modo constituendi & tempore æstimatur §. 21. 22. 23.

§. 1.


Dispiciendum nunc est de *Pignoribus*, quæ, ob securitatem crediti, in re aliena acquiruntur *v. c. 11. §. 1.* Pignus accipitur vel pro *re*, in securitatem crediti, obligata *§. f. I. quib. mod. de contrah. l. 1. §. 6. de O. & A. t. t. ff. & C. de distract. pign.* vel pro *contractu*, quo nexus pigneratitius producitur *l. 1. §. 4. de pact. l. 5. §. 2. commod.* vel pro *jure reali*, securitatis gratia constituto *l. 26. de pign. action. t. t. in quib. caus. pign. tac. contrah. t. t. quib. mod. pign solv.*

§. 2. Ultimus significatus huc pertinet, est ergo Pignus, *jus reale, Creditori, ad crediti securitatem, in re debitoris, legitime constitutum v. l. 30. de noxal. action. l. 19. de damn. infect. l. 18. §. 2. de pignor. action. l. 12. C. de distract. pign. l. 15. C. de pignor.* Quodsi res Creditori tradatur, tum oritur *pignus in specie*, si autem debitor in possessione rei suæ maneat, *Hypotheca* existit, quibus nominibus, tam res ipsa, quam jus circa eam, significatur *v. §. 7. I. de action. l. 9. §. 2. de pign. act. l. 238. §. 2. de V. S.* Manet tamen etiam pignoris significatus generalis, eoque nomine sæpe hypotheca comprehenditur *t. t. in quib. caus. pign. vel hypoth. t. t. quib. mod. pign. solv.*

§. 3. Dividitur pignus (1.) à *modo constituendi*, in *publicum*, quod autoritate publica, & *privatum*, quod privatorum consensu constituitur. Illud iterum est vel *legale*, quod à lege, sine facto aliquo, ad hoc directo *l. 1. C. comm. de Legat. l. 4. de pact. l. 4. 6. in quib. caus. pign. tac.* vel *judiciale*, quod à judice introducitur, hoc iterum est vel *judiciale in specie*, quod ex causa judicati capitur *l. 2. 3. C. si in caus. judic.* vel *prætorium*, quod ob contumaciam, per missionem ex primo decreto factam introducitur *l. 26. de pign. action. t. t. quib. ex caus. in possess.* quod ultimum hodie non adeo usitatum est, cum contumacia debitoris alio modo coerceri soleat *v.* CARPZ. *p. 1. C. 9. D. 14. seqq.* Hoc (privatum)

eſt vel *teſtamentarium*, quod ex teſtamento *v. l. 26. de pign. act. l. 12. de aliment. leg. l. 1. C. comm. de legat.* vel *conventionale*, quod ex conventione, vel nuda *l. 1. de pign. act. l. 4. de pign. l. 17. §. 2. de pact.* vel traditione munita *l. 1. §. 6. de O. & A.* dependet.

§. 4. Deinde (2.) ab *objecto*, diſtingvitur in *ſpeciale*, quod certas res afficit *l. 16. l. 29. §. 1. de pign. l. 18. §. 2. de pign. action.* & *generale*, quod ad omnes res, præſentes & futuras, corporales & incorporales, juxta ſtilum vulgarem, ſeu rectius, apud debitorem, vel alios, exiſtentes, pertinet *l. f. C. quæ res pign. oblig. poſſ.* Uti vero eæ merito excipiuntur, quas quis veroſimiliter non eſt oppignoraturus *l. 6. 7. 8. de pignor.* ita, quoad res oppignorari ſolitas, non infrequentes ſunt voluntatis quæſtiones, mentio tamen mobilium & immobilium, nomina non excludit *v.* CARPZ. *p. 2. C. 23. D. 7.* quod eo facilius admitti poteſt, quo certius eſt, quod nominum objecta, neceſſario vel ad mobilia vel immobilia ſpectent.

§. 5. Pignus privatum conſtituit dominus liber *l. f. C. de reb. alien. non alienand.* etiam in parte indiviſa *l. un. C. ſi comm. res pign. det.* per procuratorem quoque ſufficienti mandato inſtructum *l. 1. C. ſi alien. res pign. l. 11. §. f. l. 12. de pign. action.* Valet etiam pignus ſine domini voluntate conſtitutum, ſi vel in ejus utilitatem contractum ſit *l. 1. C. ſi res alien. pign.* vel ratihabitio ſequatur *l. 20. de pign. action.* bonæ fidei poſſeſſor eſt inſtar domini *l. 18. de pignor.* Tutor & curator pignus valide conſtituit *l. 11. §. f. l. 16. de pign. action.* ſi hoc e re pupilli vel adulti ſit *l. 3. C. ſi res alien. pign. l. 10. §. 1. de curat. furioſ.* accedente quandoque judicis decreto *t. t. de reb. cor. qui ſub tutel. t. t. C. de præd. minor.*

§. 6. Quodſi igitur domino libertas alienandi ſit ademta, is rem ſuam oppignorare nequit; exempla ſunt in milite, vaſallo & marito, qui arma *l. 14. §. 1. de re milit.* feudum *II. f. 55.* & fundum dotalem *t. t. de fund. dotal.* oppignorare prohibentur. Multo minus is, qui dominium non habet, pignus conſtituere poteſt *l. 5. 6. C. ſi alien. res pign. dat.* convaleſcit tamen pignus, ſi non domino conſtituenti, verus dominus ſuccedat *l. 22. de pignor.* nec oberit contradictio Pauli in *l. 41. de pign. act.* cum enim, in applicatione juris conſtituti, ille erraverit, ejus ſententia non tantum poteſt, ſed & debet rejici *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obſ. 654. 655.*

§. 7. Con-

§. 7. Conſtituitur pignus privatum vel in ultima voluntate *l. 26. de pign. action. l. 12. de alim.* vel per conventionem, & quidem vel ita, ut res penes debitorem maneat, quæ *conventio nuda* dicitur, vel ut creditori ſit tradenda *v.* §. 3. *in fin.* quo caſu, *contractus pigneratitius realis*, jure civili, adeſt, ſed hodie, non obſtante tradendi neceſſitate, illum eſſe conſenſualem, ſuo loco oſtendam *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obſ.* 656. Scriptura regulariter pertinet ad probationem *l. 4. de pignor.* publica inſuper tribuit prælationem *l. 11. C. qui potior in pign.* ſed hic effectus hodie, quoad res immobiles, à conſtitutione judiciali, in nonnullis regionibus, dependet *v.* CARPZ. *p. 2. C. 23. D. 1. ſeqq. Deciſ. Saxon.* 38.

§. 8. Pignus conſtituitur in omnibus rebus propriis *l. 4. quæ res pign. dat. l. 6. C. ſi alien. res pign. l. 11. §. 2. de pign.* quæ alienari poſſunt *l. 9. §. 1. de pign.* quæque oppignorari ſolent, hinc res alienæ, vel alienari prohibitæ *v.* §. 6. aut quotidiani uſus *v. l. 7. 8. C. quæ res pign. oblig.* vel in quas cadit ſingularis affectio, aliaque exceptionis ratio, pignoris nexu non conſtringuntur. In ſpecie nomina recte oppignorantur *l. 4. C. quæ res pign. oblig.* quo caſu pignus, ſaltem *jus perſonale* eſt. Poterit etiam ſervitus pignoris cauſa conſtitui, vel conſtituta alteri oppignorari, aut pignoris nomine, domino prædii ſervientis, remitti *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obſ.* 667. 668.

§. 9. Effectus pignoris conſtituti, conſiſtit in jure *perſecutionis, retentionis, prælationis* & *diſtractionis.* Ad perſequendum pignus, competunt remedia *poſſeſſoria* & *petitoria.* Illa quod attinet, dubitandum non eſt, quin Creditor poſſeſſionem pignoris ſemel obtentam, interdicto recuperandæ *l. 1. §. 9. de vi* & retinendæ poſſeſſionis *l. 1. §. 8. l. 3. §. 8. l. 4. uti poſſid.* pro caſuum diverſitate, defendere queat. Quodſi autem poſſeſſionem nondum habuerit, tum competit ei *Interdictum Salvianum*, quod eſt *actio realis, qua Creditor pignoris, quod nondum tenuit, poſſeſſionem à debitore, ac tertio, qui ab illo cauſam habet, & valida aliqua præſumtione non munitur, poſtulat.*

§. 10. Eſt interdictum adipiſcendæ poſſeſſionis, ac ſolet in *directum* & *utile* diſtingvi, quæ ſollicitudo hodie ſupervacanea eſt. Fundamentum ejus eſt, *jus pignoris, ex oppignoratione præſumtum*, hinc Creditor nihil niſi oppignorationem probare debet, nam, hac probata, jus pignoris, contra ipſum debitorem, & eum, qui ab illo cauſam

habet,

habet, præſumitur, adeo ut, nulla honeſta ratione, rei præſtationem deprecari queant, ſed, ad eam faciendam, proceſſu ſummario merito adigantur.

§. 11. Datur hoc interdictum Creditori & hæredibus, nam jus pignoris eſt transmiſſibile; contra debitorem & hæredes, qui pignus poſſident, etiam contra tertium poſſeſſorem, qui ab illis cauſam habet, nec propria aliqua præſumtione munitur *l. 1. de Salv. interd.* quodſi autem vel ab iis rem non acceperit, aut jure aliquo proprio ſit tutus, ut ſi oppignoratio liquido ſatis probari nequeat *v. l. 2. de Salv. interd.* aut poſſeſſor ſtatim oſtendat, oppignorantem & alienantem, non fuisſe dominum, tum interdictum inefficax eſt, quo referenda *l. 1. C. de precar.* Petitur autem hoc interdicto rei poſſeſſio & conſequenter res ipſa.

§. 12. Remedium petitorium eſt Actio *Hypothecaria v. l. 17. ff. l. 18. C. de pign.* quæ aliquando etiam *Pigneratitia* dicitur *l. 22. de pign. l. 41. de pign. action.* Eſt autem *actio realis, qua rem oppignoratam Creditor, à quovis poſſeſſore vindicat. l. 66. de evict.* Vocatur Prætoria *l. 17. §. 2. de pact. §. 7. I. de action.* arbitraria *§. 31. I. de act.* dividitur quoque in *Servianam* & *quaſi Servianam d. §. 7. I. de action.* ſed iſta fori Romani ſtribligine hodie neceſſario non utimur *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obſ. 657.*

§. 13. Oritur ex jure pignoris taciti vel expreſſi *§. 7. I. de action. l. 1. C. comm. de legat. l. 2. C. de pign. prætor.* hinc actor rem in bonis debitoris *v. l. 18. de pign.* & pignus legitime conſtitutum fuiſſe *l. 15. §. 1. de pign. l. 6. C. ſi alien. res pign.* necnon adverſarii poſſeſſionem *l. 16. §. 3. de pign.* probare debet, quamvis hæc quoad immobilia, ſæpe ſit notoria, ut probatione aliqua tum opus non ſit.

§. 14. Datur hypothecaria Creditoribus & hæredibus, ſingulis in ſolidum *l. 1. C. ſi un. ex plurib.* etiam ceſſionario *l. fin. C. de H. & A. vend.* adverſus debitorem & hæredes quatenus poſſident, ad effectum ſolidi debiti conſequendi *l. 2. C. ſi un. ex plurib.* & eſt in arbitrio creditoris, num contra hos actione perſonali, an hypothecaria agere velit, poterit etiam utraque actio cumulari eodem libello, ac vel debitum, vel, eo non ſoluto, pignus peti.

§. 15. Competit etiam contra tertium poſſeſſorem *l. 16. §. 3. de pign.*

&

& olim in arbitrio Creditoris erat, vel contra debitorem, actione personali, vel tertium possessorem, hypothecaria agere *l. 10. 24. C. de pignor. l. f. C. de O. & A.* sed novo jure huic competit beneficium excussionis *Nov. 4. c. 2. auth.* sed hodie *C. de O. & A. auth.* hoc si *C. de pign.* etiam in speciali hypotheca *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 658.* aut si nomen oppignoratum ac, post oppignorationem, alteri cessum sit, nam cessionario laudatum beneficium quoque tribuendum *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 668. n. 2.* Cum porro pignoris persecutio, saltem ob debitum personale competat, hinc tertius etiam possessor admoneri potest, ut vel solvat, vel pignore abscedat, ut rectius omnino libellus, in hypothecaria, alternative quam pure concipiatur *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 54.*

§. 16. Petuntur res oppignoratæ *l. 5. §. 1. l. 16. §. 2. l. 29. §. 2. de pignor. l. 4. 7. in quib. cauf. pign. tac.* & nihil refert, sive creditor eas antea possederit, sive nunc demum possessionem consequi laboret, ad prudentiam tamen actoris pertinet, ut, quoties fieri potest, interdicto potius, quam hac actione rem persequatur. Aliquando etiam petuntur fructus *l. 16. §. 4. de pignor.* sicut vice versa, impensæ nonnunquam possessori præstandæ sunt *l. 29. §. 2. de pignor.* contra contumaces juratur in litem *l. 16. §. 3. de pign.* quod hodie eo saltem casu obtinere puto, quo res dolo possessoris periit. Potest etiam Creditor res oppignoratas, propria autoritate occupare, si ita conventum sit, nec possessor resistat *l. pen. C. de pign. action. l. 3. C. de pignor.* STRUV. *S. J. C. exerc. 26. §. 41.*

§. 17. Præscribitur actio hypothecaria, extraneo b. f. possidente, longo tempore *l. 1. 2. si advers. cred. præscript. opp. l. fin. C. de O & A.* mala fide, triginta, debitore ipso & hæredibus possidentibus, quadraginta annis *l. 7. pr. §. 1. C. de præscript. 30. vel 40. annor.* quæ sanctio specialis tum usum habet, si obligatio & actio principalis, per interpellationem, ultra triginta annos conservetur, nam, eadem, per præscriptionem tricennalem, sublata, hypothecaria necessario quoque evanescit *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 659.*

§. 18. Cum autem actio hypothecaria & interdictum Salvianum, quoad scopum principalem, conveniant, poterant plane eædem actiones videri, sed discrimen illorum, à *diverso juris pigneratitii statu* de-

Fff pen-

pendet; si enim sit evidens, id quod, ex conditione adversarii, plerumque cognoscitur, tum instituitur interdictum Salvianum, si vero sit obscurum, actio hypothecaria est movenda. Hinc illud, est remedium possessorium, levem saltem requirit probationem, breviori absolvitur processu ac contra nonnullos solum est efficax: Hæc vero est remedium petitorium, probationem exigit operosiorem, processu longiori peragitur & erga omnes habet effectum.

§. 19. Porro effectus pignoris constituti est, ut Creditor rem, quam tenet, tamdiu retinere queat, donec ei debitum solvatur, quæ retentio etiam præscriptionem, ratione debiti principalis, impedit. Potest quoque pignus, ob debitum chirographarium retineri *l. un. C. etiam ob chirogr. deb.* CARPZ. *p. 2. C. 25. D. 25.* nisi juri retinendi expresse vel tacite fuerit renunciatum *l. 11. §. 3. de pign. action.* Oritur tamen illa retentio non ex jure pignoris, sed communi defensionis jure, hinc nec obtinet, concurrentibus aliis Creditoribus hypothecariis, nec præscriptionem, quoad debita chirographaria, impedit *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 660. 661.*

§. 20. Tertio pignus tribuit prælationem non tantum contra eos, qui jure reali, vel speciali privilegio destituuntur, sed & quoad ipsos creditores hypothecarios. In universum autem illa prælatio vel à *modo*, vel *tempore* constitutionis dependet, nam pignus publicum *l. 11. C. qui potior in pign.* & hodie, in Saxonia, quoad immobilia, judiciale *v.* CARPZ. *p. 2. C. 23. D. 9. Decis. Saxon. 60.* præfertur privato, si autem eodem modo pignora constituta sint, tum ex tempore æqualitas vel prærogativa æstimanda est.

§. 21. Si ergo pignus, in eadem re, pluribus eodem tempore constitutum sit *separatim*, singulis in solidum illa est obligata *l. 16. §. 8. de pignor.* hinc præventioni locus est, sive inter ipsos creditores quæstio vertatur, sive contra tertium possessorem agendum sit *arg. l. 10. de pignor.* Cæterum ille casus videtur esse rarissimus, nec aliter locum habere, quam si vel, ex statuto, tempus constituendi pignoris, habeat aliquam laxitatem, vel si, post elapsum longius tempus, horæ pignoris constituti ignorentur *v.* CARPZ. *p. 1. C. 28. D. 146.*

§. 22. Si autem pignus pluribus *conjunctim* sit constitutum, modus constituendi attendi debet, nam si hoc actum, ut singulis in solidum

sit

ſit res obligata, tum itidem præventioni locus eſt, nec videntur creditores, quoad extraneum poſſeſſorem, concurrentes, concurſu ſuo partes facere, pro rata debiti *l. 10. de pignor.* ſi vero pro parte res ſit oppignorata, ſinguli habent partem dimidiam *d. l. 10. in fin.* denique ſi nihil dictum, res, pro rata debiti, cuivis obligatur *l. 16. §. 8. de pignor.*

§. 23. Si pignus diverſo tempore conſtituatur, prior eſt potior *l. 2. 7. C. qui potior. in pignor.* licet rei oppignoratæ aliqua mutatio accidat, hinc is, cui prædium oppignoratum, etiam in pretio venditionis, *im Kauffgelde*, præfertur novis creditoribus, qui in eodem arreſtum impetrarunt *Deciſ. Saxon. 58.* Ille autem prior eſt, qui prius contraxit & pignus accepit *l. 11. pr. l. 12. §. 2. ff. l. 8. C. qui potior in pign.* pure, vel ſub die, vel ſub conditione, quæ invito debitore poteſt expleri *d. l. 11. §. 1.* non etiam ſi ſub conditione, quæ invito debitore impleri nequit *l. 9. §. 1. qui potior. in pign.* CARPZ. *p. 1. C. 28. D. 120.* nam hoc caſu, demum à tempore exiſtentis conditionis, jus naſcitur, hinc ſi quis interim pure pignus acceperit, is alteri præfertur.

§. 24. Prioritas illa, in omni genere pignorum, obſervatur *l. 8. C. qui potior. in pign. l. 2. C. de privil. fiſc.* (ſalva tamen, quam, à modo conſtituendi, dependere diximus *§. 20.* prærogativa) hinc Creditor hypothecarius generalis antiquior, præfertur ſpeciali recentiori, etiam ratione rei, huic ſpecialiter oppignoratæ *l. 6. C. qui potior. in pign.* niſi illi pignus ſpeciale, ac in ſubſidium, etiam generale conſtitutum ſit, tum enim, quamdiu illud ſufficit, poſteriorem re ſua excutere non poterit, imo, ob æquitatem, ſemper dicendum eſt, quod hypothecarius generalis, quamdiu ex aliis bonis ſuum conſequi poteſt, hypothecario ſpeciali, in re, huic ſpeciatim obligata, moleſtus eſſe non debeat *l. 2. C. de pignor. l. 9. C. de diſtract. pignor.* Præfertur quoque antiquior juniori, licet hic pignus poſſideat *l. 12. pr. §. f. de pignor.*

§. 25. Diſtractio pignorum generaliter ſpectata, vel conſideratur ratione *debitoris*, vel *creditoris*. Ille, velut dominus, rem oppignoratam, etiam ſpecialem, alienare poteſt *l. 35. §. 1. ff. l. 9. C. de pigner. action. l. 7. §. fin. ff. l. 12. C. de diſtract. pign. Nov. 112. c. 1.* ſalvo tamen Creditori pignoris, etiam taciti, jure *l. un. C. rem alien. gerent.* ceſſat tamen facultas alienandi, ſi pacto illa ſit inhibita *l. 7. §. fin. de diſtract. pignor.* aut ſi debitor, fraudandi animo, rem mobilem, in incognitum,

& non facile conveniendum alienet, nam tum alienatio est nulla, ac debitor, ratione creditoris, furtum *l. 19. §. 5. l. 66. pr. de furt.* aut saltem hodie dolum, ratione emtoris vero, stellionatum *l. 3. §. 1. de crim. stellion. l. 1. § fin. de pign. action.* committit *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 671. 672.*

§. 26. Creditor quoque, suo jure, pignus distrahere *t. t. C. debitor. vendit. pign. imped. non poss.* dominium vero, velut debitoris procurator, transferre potest *l. 29. in fin. fam. ercisc.* de cætero (1.) distrahendi *facultas* (2.) *modus* & (3.) distractionis *effectus* spectari possunt. Illa oritur vel ex *speciali pacto*, quo distractio permittitur, quo casu, sine ulteriori interpellatione, ex rigore juris quæsiti, ad alienationem procedi potest *l. 4. de pign. act. l. 12. C. de contrah. & committ. stipul.* vel ex *natura conventionis pigneratitiæ*, utique enim, solutione non secuta, pignoris distrahendi facultas, creditori competere debet, licet nihil hoc nomine specialiter actum sit, quo suum tandem consequatur *l. 4. de pign. action. v. l. 12. §. f. qui potior in pign.*

§. 27. Opus tamen est, ut debitor, per interpellationem unicam, in mora constituatur *l. 14. C. de distract. pign. l. f. §. 1. C. de jur. domin. impetr.* Quodsi intercesserit pactum de *pignore non alienando*, illud, ob contradictionem, naturaliter quoque, quoad intentionem principalem, est nullum, quia tamen distractionem quodammodo difficiliorem reddit, ideo, ex præscripto juris civilis, trina denunciatio, arbitrariis intervallis distingvenda, est necessaria *l. 4. de pign. action.* Utroque etiam casu, quo vel nullum, vel contrarium pactum interpositum erat, post denunciationem, lapsus biennii est expectandus *l. fin. §. 1. C. de jur. impetr. v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 674.*

§. 28. Modus distrahendi in eo consistit, ut distractio fiat bona fide, sine læsione debitoris, adeoque pignus justo pretio vendatur, residuumque debitori conservetur *v. l. 6. §. 1. l. 7. de pigner. action.* hinc bene facit Creditor, si distractioni peritos rerum æstimatores & testes adhibeat. Effectus autem distractionis legitime peractæ est, ut transferatur in emtorem dominium *l. 46. de A. R. D.* vel conditio usucapiendi; Re forte evicta, non creditor, qui vendidit *l. 11. §. 16. de A. E. V. l. 10. de distract. pignor. t. t. C. creditor. evict. pign. non deber.* sed debitor evictionem præstare debet *l. 12. §. 1. de distract. pign. l. 13. C. de evict. l. 38. de evict. l. 13. de distract. pign.*

§. 29. Quod-

§. 29. Quodsi autem distractio illegitime sit facta, tum, si *creditor jus vendendi nondum habuit*, venditio est nulla, & debitor rem vindicat *l. 2. C. si vend. pign. agat. l. 65. de R. V. l. 8. C. de distract. pign.* si autem jus quidem habuit, sed *non bona fide versatus est*, tum creditor convenitur actione pigneratitia ad interesse *l. 4. 7. C. de distract. pign.* imo, ob fraudem, ab ipso etiam emtore, res repeti posse videtur *v. d. l. 4. add.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 673.*

§. 30. Aliquando etiam pignora, publica autoritate, distrahuntur, qui modus obtinet quoad pignora judicialia, quæ, post rem judicatam capiuntur, ut & quoad hypothecas, consensu partium constitutas, cum enim has debitor possideat, nec, sine lite, iis abscedat, hinc eo modo distrahendæ erunt, qui circa executiones alias obtinet. Jure civili condemnatis quatuor menses conceduntur *l. 2. 3. §. 1. C. de usur. rei jud.* quibus elapsis & solutione non secuta, pignora capiuntur, vel jam accepta servantur ac, post lapsum duorum mensium, ad venditionem proceditur *l. 31. de re jud. l. 1. C. si in caus. judic.* emtore non existente, creditor amittitur *l. 2. C. si in caus. jud.* vel si emere nolit, possessio *l. 3. C. de execut. rei judic.* ac tandem dominium ei addicitur *l. f. C. si in caus. judic.* superfluo pretio debitori servato *l. fin. §. 4. C. de jur. dom. impetr.*

§. 31. Solvitur pignus sublata obligatione principali *l. 6. quib. mod. pign. solv.* ob aliud tamen debitum, illud retineri potest *l. 2. C. de luition. pignor. add.* ZOES *ad ff. quib. mod. pign. solv. n. 3. seqq.* Nihil autem refert, quomodo obligatio principalis tollatur, solutione *l. 6. C. de distr. pign. l. 9. §. 3. de pign. action.* confusione, novatione *l. 6. quib. mod. pign. solv. l. 18. de novat. v. l. 3. qui potior. in pign. l. 86. seqq. de R. J.* ZOES *ad ff. quib. mod. pign. solv. n. 2.* compensatione *l. 4. qui potior. in pign.* remissione expressa *l. 17. §. 2. de pact.* vel tacita *l. 7. C. de remiss. pign.* sententia judicis *l. 13. quib. mod. pign. solv.* aut præscriptione *v. §. 17. h.*

§. 32. Aliquando etiam tollitur, salva obligatione principali (1.) lapsu temporis *l. 6. quib. mod. pign. solv.* (2.) resoluto jure constituentis revocabili *l. 31. de pign. l. 4. §. 3. de in diem addict.* non etiam irrevocabili *l. 15. C. de pign. l. 12. de distract. pign. l. un. C. rem alien. gerent.* (3.) rei interitu totali *l. 8. quib. mod. pign. solv. l. 16. §. 2. l. 29. §. p. de*

 pignor.

pignor. l. 21. de pign. action. Carpz. *Dec.12.* (4.) remissione expressa *l. 8. §. 1. 2. quib. mod. pign. solv. l. 23. C. de pignor.* & tacita.

§. 33. Hæc colligitur ex eo, si Creditor pignus simpliciter reddat *l. 3. de pact.* aut in pignoris alienationem consentiat *l. 4. §. 1. l. 7. 8. §. 11. quib. mod. pign. solv.* sola alienationis scientia, remissionem regulariter non involvit *l. 8. §. 15. quib. mod. pign. solv.* nisi peculiares causæ aliam interpretationem exigant *v. l. 1. 6. 8. C. de remiss. pign. l. 5. C. ad SCt. Vellejan.* Zoes. *ad ff. quib. mod. pign. solv. n. 9. seqq.* Quodsi creditor in oppignorationem novam consentiat, tum pignus remittere censetur, si id omnibus non sufficiat, sed tantum ratione creditoris novi, non debitoris *l. 9. §. 1. l. 12. quib. mod. pign. solv. l. 12. §. 4. qui potior. in pign. v.* Observ. Lauterb. *Obs. 675. 676.* Denique solvitur etiam pignus (5.) præscriptione *v. §. 17. h.*

Caput XVII.

DE PIGNORE TACITO SIVE LEGALI.

SUMMARIA.

Pignoris taciti natura & diversitas §. 1.
Competit illud pupillis, in bonis tutorum §. 2.
Rebus ipsorum pecunia emtis §. 3.
Bonis vitrici, liberis in bonis patris, & fisco ob varias causas §. 4.
Gaudet quoque tacito pignore uxor §. 5.
Maritus, legatarius, is qui in ædium refectionem credidit §. 6.
Locator prædii rustici & urbani §. 7.

§. I.



Pignus tacitum est, quod à lege, sine facto privatorum directo, constituitur *l. 1. C. comm. de legat. l. 6. §. f. C. de bon. quæ liber. v. §. 3. c. 16.* non ergo ultra casus lege expressos, extendi debet, nisi vel prægnans ratio subsit, vel constans fori usus hoc velit *v.* Carpz. *p. 1. C. 28. D. 113. p. 2. C. 24. D. 15. 16.* Solet distingvi in *purum*, quod sine ullo hominis facto, & *mixtum*, quod facto aliquo indirecto interveniente, à lege constituatur. Sed, si calculus recte subducatur, semper aliquod factum indirectum subesse videtur, hinc divisio illa non adeo necessaria est, quare, ea neglecta, potiora exempla, illustrandæ doctrinæ, simpliciter recensebimus.

§. 2. Com-

§. 2. Competit igitur tacitum pignus (1.) pupillis ac minoribus eorumque hæredibus *l. 20. C. de admin. tutor.* BRUNNEM. *ad d. l. 20.* CARPZ. *p. 2. C. 24. D. 12. 13.* OBSERV. LAUTERB. *Obſ. 663.* in bonis tutorum & curatorum, ex tempore ſuſcipiendæ adminiſtrationis *l. 6. §. f. C. de bon. quæ lib.* CARPZ. *p. 1. C. 28. D. 114.* ut & Protutorum à ſuſcepta adminiſtratione CARPZ. *p. 2. C. 24. D. 14. v. l. 19. §. 1. de reb. autorit. judic. poſſid.* idem juris eſt, quoad curatorem furioſi ſimilimumque *l. 5. §. 5. 6. C. de curat. fur.* Non etiam pignus tacitum competit fœminæ, in bonis curatoris ad litem, neque Creditoribus, in bonis curatoris bonorum *l. 22. §. 1. de reb. autor. judic. poſſid.* CARPZ. *p. 2. C. 24. D. 15. p. 2. Dec. 135.* BERLICH *p. 1. C. 67. n. 25. ſeqq.*

§. 3. Speciali ratione (2.) Pupillis pignus competit in rebus, ipſorum pecunia emtis, quo caſu etiam ſingulare prælationis habent privilegium *l. 7. qui potior. in pign.* hinc, ſi malint, rem illam, velut propriam, quoque vindicare poſſunt *l. 2. quand. ex fact. tutor. v.* CARPZ. *p. 1. C. 28. D. 109. p. 2. C. 11. D. 21.* ſed hoc omne videtur intelligendum, ratione creditorum concurrentium, ut iis omnibus, quoad iſtam rem, pupilli ſint potiores, nam à tutore ipſo, ſi pecuniam cum uſuris præſtare paratus ſit, rem vindicare non poterit.

§. 4. Non minus (3.) pupillis pignus tribuitur, in bonis Vitrici, cui mater tutrix nupſit *l. 6. C. in quib. cauſ. pign.* (4.) liberis in bonis Patris, ratione bonorum maternorum *l. 6. §. f. C. de bon. quæ lib.* non etiam ratione reliquorum bonorum adventitiorum *l. 6. §. 2. C. de bon. quæ lib.* in Saxonia tamen Electorali generale pignus ipſis competere videtur *O. P. S. tit. 45. §. 2.* CARPZ. *p. 1. C. 28. D. 113. p. 2. C. 24. D. 17. 18.* (5.) fiſco, ob onus publicum, adminiſtrationem & contractum *l. 1. 2. C. de privil. fiſc. l. 28. 46. §. 3. de jur. fiſc.* non etiam ob delicta *l. 17. 37. de jur. fiſc.*

§. 5. Competit (6.) pignus tacitum uxori, aliquando etiam putativæ *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obſ. 664.* non etiam ſponſæ, cui tamen perſonale privilegium, poſt hypothecarios, non negandum *l. 74. de jur. dot. l. 17. de reb. autor. judic. poſſ.* CARPZ. *p. 2. C. 24. D. 5.* Datur vero, in bonis mariti, pro dote repetenda *l. un. §. 1. C. de R. U. A. §. 39. I. de action.* à tempore contracti matrimonii *l. 1. qui potior. in pign.* hodie, benedictionis Sacerdotalis CARPZ. *d. l. D. 1.*

pro

pro dotis augmento *Nov. 97. c.2.* à die incrementi *l.19. C. de donat. ante nupt. v.* OBSERV. LAUTERB. *Obſ.* 665. pro donatione propter nuptias *l. 29. C. de jur. dot.* non tamen in Saxonia CARPZ. *p. 1. C. 28. D.* 91. quoad bona paraphernalia, non etiam receptitia *v. l. fin. C. de pact. conv. tam ſup. dot.* quæ ſententia inprimis, in illis locis, admittenda, ubi marito in bonis uxoris uſusfructus competit *v.* CARPZ. *p. 1. C. 28. D.* 86. Denique propter alimenta, à marito præſtanda *v.* STRUV. *S. J. C. exerc.* 26. §. 14. BERLICH *p. 1. C.* 67. *n.* 7.

§. 6. Porro datur (7.) pignus marito, pro dote præſtanda, in bonis ejus, qui eam promiſit *l. un. §. 1. C. de R. U. A.* (8.) legatariis & fideicommiſſariis *l. 1. C. comm. de legat.* in bonis defuncti non legatis *v. l. 18. de Legat. 2. l.* 64. *de furt.* (9.) illi, qui in refectionem ædium credidit pecuniam, refectione ſecuta *l. 1. in quib. cauſ. pign. Nov.* 97. *c.* 3. qui etiam privilegio prælationis gaudet *v.* CARPZ. *p. 1. C. 28. D.* 5. 6. Si quis in refectionem alius rei crediderit, ille ſolum habet privilegium prælationis perſonale, poſt hypothecarios *l. 26. 34. de reb. autor. jud. poſſid.* niſi ſibi expreſſe, de hypotheca, proſpexerit *l.* 5. 6. *qui potior. in pign.*

§. 7. Competit quoque (10.) locatori prædii ruſtici, in fructibus, in fundo locato natis, quoad penſionem *l. 7. in quib. cauſ. pign.* & (11.) eodem reſpectu, locatori prædii urbani, in rebus inquilini illatis *l. 2. 4. 7. eod. l. 32. 34. de pignor.* STRUV. *Exerc.* 26. §. 16. etiam in rebus ſubconductoris, ſed ſaltem in ſubſidium, ſi, conductore non ſolvente, dominus contra ſubconductorem agere queat *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obſ.* 592. Diſcrimen autem prædiorum, in hac materia, eſt deſumendum ab aptitudine ferendi fructus *v. l. 4. §. 1. in quib. cauſ. pign. l.* 198. *in fin. de V. S.* ſed uti nulla prægnans ratio ſubeſt, prædia, quoad pignus tacitum, ſeparandi, ita hodie, nonnullis in locis, etiam illata, in prædium ruſticum, tacite obligantur *v.* MEV. *p. 4. Dec.* 127. OBSERV. LAUTERB. *Obſ.* 666. *conf.* LAUTERB. *C. J. de pignor. ſeqq.*

CAPUT

CAPUT XVIII.
DE ACTIONE PUBLICIANA.

SUMMARIA.

§. 1.



Uando dominium, servitus aut jus pignoris plene probari potest, tum actio, ex illis juribus movenda, dicitur *Rei Vindicatio*, *Confessoria* aut *Hypothecaria*. Quodsi autem probabiliter & præsumtive saltem jura illa probari queant, tum, juxta æquitatem quidem naturalem, actiones etiam competunt contra eum, qui æquali vel meliori jure destituitur, nam æquitas jus præstantius semper præferri jubet: nihil etiam vetat, quo minus consvetis nominibus actiones illas insigniamus. Sed Romani, hoc posteriori casu, nullam actionem competere existimarunt *l. 23. de R. V. §. 4. I. de action.* Prætor tamen Publicius aliquam asseruit, unde nomen *actionis Publicianæ* exortum *d. §. 4. l. 1. de public. in rem. action.* de qua nullibi rectius quam hoc loco agitur.

§. 2. Est ergo Actio Publiciana, *actio realis*, *ex præsumto dominio, servitute & pignore descendens, qua res propria, serviens & oppignorata ab eo, qui eam infirmiori jure possidet, vindicatur.* Censetur eam introduxisse Prætor Publicius, propter æquitatem & necessitatem *v.* LAUTERB. *C. J. de public. in rem. act. lit. C.* Sed Prætor id, quod æquitas suggerebat, saltem agnovit & confirmavit, habituque externo actionem induit, quæ confirmatio erat necessaria, ex hypothesi, quâ, perversa fori Romani praxis, actionem negabat.

§. 3. Descendit actio Publiciana ex *dominio præsumto l. 1. §. 2. l. 2. l. 7.*

l. 2. l. 7. §. 6. l. 12. §. 4. de public. in rem action. quod fundamentum uti vulgo non negant, adeo ut, ad solum fere dominium, Publicianam pertinere existiment, ita, circa illud, nonnunquam falsa inspergunt, quale est *dominium fictum;* non fingitur dominium, sed præsumitur, ac præsumtioni sæpe veritas respondere potest: Tale etiam est, quod actor in libello *mentiri* debeat *v.* BACHOV. *de action. disput. 3. §. 16.* nam actor solum ea exprimit, ex quibus dominium probabiliter præsumitur, an autem, in rei veritate, dominus sit, id neque affirmat, neque negat, sed in medio relinquit.

§. 4. Porro oritur quoque Publiciana ex *servitute præsumta l. 11. §. 1. de public. in rem action.* Ex vulgari quidem præjudicio, servitus habetur pro *objecto* Publicianæ *v.* LAUTERB. *C. J. d. t. lit. O.* sed ratio satis ostendit, eam esse actionis illius *fundamentum*, quod etiam in *d. l. 11. §. 1.* manifeste docetur. Hinc amplius etiam dicendum, quod illa aliquando ex *pignore præsumto* descendat, nam si bonæ fidei possessor pignus recte constituit *l. 18. de pignor.* etiam Creditor nihil amplius probare cogitur, quam pignus à bonæ fidei possessore, esse constitutum, quo ipso adeo, ex rationibus fori Romani, actioni hypothecariæ Publiciana surrogatur, id quod argumento *d. l. 11. §. 1. de public. in rem action.* satis quoque confirmatur, nec obest *l. 13. §. 1. eod.* nam creditori, ut domino, Publiciana saltem negatur.

§. 5. Publiciana igitur usurus, ea probare debet, ex quibus dominium, servitus aut pignus probabiliter præsumitur. In specie itaque debet (1.) *traditio* probari *l. 1. pr. l. 7. §. f. l. 9. §. 1. l. 11. §. 1. de public. in rem action. l. 25. de usurp. l. 1. C. de donat.* quod si vero certis in casibus, jura realia sine traditione constituantur, tum, traditionem probare, non est opus *l. 1. §. f. l. 2. l. 12. §. 1. de public. in rem action.* nec opus est, ut inter jus strictum & æquitatem distinguamus: Qui aliter sentiunt, sententiam Prætoris, aut rationes, ex quibus universa illa dispositio Prætoris fluit, non assequuntur *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 205. 206.*

§. 6. Non minus (2.) *titulus habilis* probandus est *l. 3. seqq. l. 13. de public. in rem action.* & sufficit etiam, ob justam causam, erroneus *l. 5. 7. §. 2. 4. eod. l. 2. §. 16. l. 11. pro emtor.* Debet etiam (3.) *bona fides ab initio* adesse *l. 7. §. 11. seqq. l. 13. §. 1. in fin. de public. in rem action.* quam-

quamvis hæc non videatur esse probanda ab actore, sed potius tamdiu præsumatur, donec adversarius malam fidem probet *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs.* 1128. mala fides superveniens actori non obest *l.* 7. *§.* 2. 14. *l. fin. de public. in rem action.* etiam de jure Canonico, nam perpetua bona fides, eodem saltem requiritur, ratione *domini, præscriptione excludendi c. fin. X. de præscript.* non *tertii possessoris*, utpote qui nullum meretur favorem.

§. 7. Effectus autem illius rei is est, ut actor, ad oppositam malæ fidei supervenientis exceptionem, respondere non cogatur, imo mala fides superveniens, ab adversario etiam probata, illi non noceat, modo dominus ipse non intercedat. Illud nihil refert, ad instituendam Publicianam, utrum (4.) *à domino, an à non domino, res sit comparata, modo res dubia sit*, in quem sensum accipienda *l.* 1. *pr. de public. in rem action.* nam si acturus probare queat, se, à vero domino, jus suum obtinuisse, tum non indiget Publiciana, si vero adversarius ostendat, actorem, à non domino, rem accepisse, suumque jus, esse potius, tum Publiciana est sine effectu, hinc, ad casum dubium ejus usus pertinet. Illud quoque nihil refert, sive (5.) *res ad usucapiendum habilis, sive vitiosa sit, dummodo de vitio non constet*, quo pertinet *l.* 9. *§.* 5. *l.* 12. *§.* 4. *de public. in rem action.* conf. *l.* 12. *§.* 2. *eod. l.* 15. *§.* 27. *de damn. infect.*

§. 8. Datur Publiciana b. f. possessori, qui vel dominium plenum aut minus plenum *l.* 12. *§.* 2. 3. *de public. in rem action.* vel servitutem *l.* 11. *§.* 1. *eod.* vel pignus, ex justa causa, sibi asserit, & hæredi *l.* 7. *§.* 9. 12. *eod.* Datur quoque vero domino, si de dominio non satis constet, si vero hoc probari queat, Publiciana ille non indiget *l.* 1. *§.* 1. *eod.* Si duo, vel ab eodem, vel à diversis non dominis, rem justo titulo & bona fide acceperint, is in vindicando præfertur, cui primum res tradita *l.* 31. *§. f. de A. E. V.* nisi interim verus dominus appareat, tum enim possidentis melior est conditio *l.* 9. *§.* 4. *de public. in rem act. v.* OBSERV. LAUTERB. *Observ.* 207.

§. 9. Competit Publiciana contra eum, qui infirmiori jure rem possidet, vel possidere desiit *l.* 7. *§.* 6. 8. *l.* 12. *fin. de public. in rem action.* non etiam contra eum, qui æquale vel melius jus habet *l.* 9. *§.* 4. *eod. l.* 31. *§. f. de A. E. V.* hinc in specie non datur contra dominum

verum *l. pen. l. fin. de public. in rem action.* quodsi vero dominus, in amissionem dominii, consenserit *l. 72. de R. V. l. 4. §. 32. de dol. mal. except.* vel, ob contumaciam, eodem privandus sit *l. 18. §. 15. de damn. infect.* vel præstationem necessariam, ratione rei suæ, facere nolit *l. 28. de noxal. action.* tum etiam contra ipsum actio efficax est. Petuntur Publicana tantum res corporales, propriæ, servientes & oppignoratæ, modo nullum vitium, quod jus actoris destruat, in iis appareat *l. 9. §. 5. l. 11. §. 2. l. 12. §. 4. de public. in rem action.* & officium judicis hîc idem est, quod in rei vindicatione, confessoria & hypothecaria *l. 7. §. 8. l. 11. §. 1. eod.*

§. 10. Cum autem nomen actionis Publicianæ, ob Romanorum jus strictum, & processum formularium, invaluerit, illud vero & hic, ab æquitate abhorreant, nec in Germania observentur, ideo nec actio Publiciana amplius necessaria erit, sed potius Rei vindicatio, similisque actio realis, utroque casu, & ubi jus *plene*, & ubi saltem *præsumtive* probari potest, recte instituetur. Hinc etiam cautela, de *cumulanda rei vindicatione*, & *Publiciana*, quam vulgo inculcant *v.* LAUTERB. *C. J. de public. in rem action. lit. S.* hypothesibus juris Germanici non adeo est consentanea. Licet vero nomen actionis Publicianæ, hodie non sit necessarium, ultro tamen illud adhiberi potest, imo nonnunquam prudenter aget Advocatus, si cautela memorata utatur, ne forte, ea neglecta, à Judice Seculi Flaviani, parum gratam alias audiat sententiam.

CAPUT XIX.

DE LÆSIONE IMMINENTE.

SUMMARIA.

Cautio-

§. 1.



SIcut homines, ex legibus socialitatis, à læsione proximi, abstinere debent, ita dominis, aliisque, qui jure reali gaudent, fas est, non tantum damni, rebus suis illati, pensationem exigere, sed & læsionem, iis imminentem, avertere. Hujus læsionis, mediorumque illi oppositorum, varia, in vita civili, occurrere possunt exempla, sed notissima, ex Jure Romano, sunt (1.) *Nunciatio novi operis* (2.) *cautio damni infecti* & (3.) *actio aquæ pluviæ arcendæ*, quæ, ex fundamentis naturalibus, oriuntur, eorumque consideratio, ad hunc locum, omnino pertinere videtur.

§. 2. Novi operis nunciatio est *Prohibitio, novum opus, in alterius præjudicium, probabiliter paranti, eo fine facta, ne in eo pergat, donec de ejus jure constet.* Est vel *publica*, quæ fit autoritate Magistratus *l. 5. §. 10. l. 16. de O. N. nunc.* vel *privata*, quæ à privatis suscipitur, nam hujus, ex permissione Imperantis, eadem, quæ illius, vis est, de cætero fit vel nudis verbis, vel interveniente facto, hinc in *verbalem* & *realem* discernitur *l. 5. §. 10. de O. N. nunc. l. 20. §. 1. quod vi aut clam.* utriusque idem hodie videtur esse effectus *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 981. 982.* quo vero privata nunciatio probari queat, testes adhibendi sunt *v. l. 8. §. 1. de op. nov. nunc.*

§. 3. Nunciationem censetur introduxisse Prætor *l. 1. pr. de O. N. nunc.* sed ille potius id, quod naturale est, confirmavit, modus tamen & effectus nunciationis legi positivæ, ex parte, tribuendus est. Potest eam aliquando Magistratus, ex officio facere, sed plerumque ii, quorum interest, illam vel faciunt, vel fieri curant. In locis publicis omnes cives nunciare possunt *l. 3. §. f. l. 4. de O. N. nunc.* modo habiles sint *l. 5. eod.* sed hoc rarioris est usus. In privatis nunciant illi, qui jus in re habent *l. 1. §. 19. eod.*

§. 4. Adeoque (1.) dominus *l. un. §. 3. de remiss.* etiam utilis

l. 3. §. 3. de op. nov. nunc. præſumtus *l. 1. §. 19. eod. l. 136. de R. J.* & partialis *l. 3. §. 1. 2 l. 5. §. 6. de O. N. nunc.* (2.) Creditor hypothecarius *l. 9. eod.* (3.) is qui ſervitutem realem vel perſonalem habet *l. un. §. 3. 4. de remiſſ. l. 1. §. f. quemad. uſufr. cav.* interim Romani, non tam de re, quam de nomine, hic litigaſſe videntur *l. 1. §. f. l. 2. l. 14. de O. N. nunc.* *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obſ. 983.* Poteſt etiam nunciari mediate per alios *l. 7. §. 1. l. 5. §. 18. l. 13. eod. j. l. 1. C. de procur.* habilitas vero in nunciante ſemper requiritur *l. 5. de O. N. nunc.* Qui jus ad rem ſaltem habent, nunciare non poſſunt *l. 3. §. 3. eod.* niſi domino abſente *l. 1. C. ſi per vim.* CARPZ. I. *Reſp. 6.*

§. 5. Nunciatio fit illis, qui novum opus in alterius præjudicium parant, aut qui eorum nomine ibi præſentes ſunt *l. 5. §. 3. l. 10. 11. de O. N. nunciat.* ſufficit uni, ex pluribus, nunciatum eſſe, non tamen ad effectum pœnalem *l. 5. §. 5. eod.* non tantum vicino proximo, ſed & remotiori poteſt novum opus nunciari *l. 8. eod.* ſemper tamen, in re præſenti, fieri debet nunciatio *l. 5. §. 2. 4. eod.* cauſa neceſſario non eſt exprimenda *l. 1. pr. eod.* nec tempus feriatum attendendum *arg. l. fin. C. de fer.*

§. 6. Fit nunciatio ratione novi operis, ex quo probabiliter alteri damnum imminet. In operibus ergo publicis, ad publicam utilitatem ſuſceptis *l. 1. §. 11. 12. de op. nov. nunc. l. 1. §. 2. de Cloac.* nunciatio ceſſat, quia contra illam eſt præſumtio. Extra has circumſtantias, illa admittitur, ſi (1.) opus inchoatum *l. 1. §. 12. l. 5. §. 2. l. 8. §. 1. de oper. nov. nunc.* (2.) novum *l. 1. §. 1. eod.* (3.) quo priſtina rei forma mutatur *l. 1. §. 11. 13. eod.* nam ex his circumſtantiis jus nunciantis probabiliter apparet, ſicut contrariæ illud deſtruunt. Qualitas loci non attenditur *l. 1. §. 14. 17. eod.* modo opus futurum ſit, nam quoad præterita, interdictum ſeu actio poſſeſſoria obtinet *l. 1. §. 1. eod.*

§. 7. Nunciationis legitimæ intentio eſt, ut nunciatus ab opere deſiſtat *l. 8. §. fin. l. 10. l. 23. eod.* quodſi adeo hic nunciationi pareat, tum nuncians ſcopum ſuum eſt conſecutus; diſputandum vero deinde erit de jure partium, quo facto, vel opus plane intermittetur, vel continuabitur. Quodſi autem nunciatus, nunciatione neglecta, in opere pergat, & quidem *injuſte*, tum naturaliter, ad ejus deſtructionem, propriis ſumtibus faciendam, vel aliam ſatisfactionem, volenti

læſo

læso præstandam, tam ipse, quam ejus hæres tenentur, qui effectus etiam locum habet, licet nulla nunciatio præcesserit.

§. 8. Si vero *juste* pergat, tum, ex jure positivo, opus quoque destruere tenetur *l.* 20. §.3. *de oper. nov. nunc.* successor autem pati debet, quo à nunciante destruatur *l.* 22. 23. *cod.* Sed uti illa pœna, opere inprimis longius progresso, & dura, & decori publico molesta est, ita, eam hodie observari, vix crediderim, cum spretam Magistratus prohibitionem, alia pœna, facto attemperata, vindicare liceat. Quodsi nunciatio aperte frivola & illegitima sit *v. l.* 1. §.11.12. *l.* 5. §. 2.3. *cod.* tum impune negligi potest.

§. 9. Extingvitur nunciatio morte nunciantis, & rei alienatione *l.* 8. §. 6. *h. t.* modo res adhuc fuerit integra, i. e. post nunciationem acquieverit nunciatus, ac postea nuncians vel mortuus sit, vel rem alienaverit, tum enim impune pergere poterit nunciatus, nec sequitur necessitas destruendi, quia nunciatio, actus personalis censetur, adeoque ejus effectus, morte vel alienatione superveniente, tollitur. Quodsi autem, post nunciationem, nunciatus perrexerit, deinde vero nuncians mortuus sit, vel rem alienaverit, tum jus exigendi destructionem, ad successores transmittitur *l.* 20. §. 6. *h. t.*

§. 10. Hodie ista res exiguum usum habere videtur, nam si quis injuste pergat, tum etiam primo casu, læsionis illatæ emendatio, quæ non aliter, læso non consentiente, quam per operis destructionem, fieri potest, à nunciantis successore exigi potest, nam licet, per mortem vel alienationem nunciantis, nunciatio exspirasse censeatur, ex ipsa tamen læsione, destruendi necessitas resultat. Si autem nunciatus juste, post nunciationem, opus continuet, tum pœna destructionis, ne quidem posteriore casu, locum habet, secundum notata §. 8.

§. 11. Morte nunciati, vel alienatione rei, in quam prohibitio facta, nunciatio non extingvitur *l.* 8. §. *fin. l.* 23. *h. t.* sed ejus effectus, tam contra hæredem, quam alium successorem, durat, hinc si in opere pergant, propriis sumtibus illud demoliri coguntur *d. l.* 8. §. *f.* si vero ipse nunciatus jam perrexerit, ac postea mortuus sit, vel rem alienaverit, tum successor saltem opus destrui patitur *l.* 20. §. 8. *l.* 22. 23. *h. t.* Verum hodie nec hujus doctrinæ magnus usus esse videtur, nam hoc unice spectandum est, utrum *juste*, an *injuste*, opus novum continuatum

sit,

ſit, illo caſu deſtruendi neceſſitas, tam quoad nunciatum, quam ſucceſſores ceſſat, hoc vero deſtructio fieri debet, licet nulla nunciatio intervenerit, quo caſu etiam nunciati hæres, deſtructionis ſumtus ferre debet *v.* §. *7. 8.*

§. 12. Plerumque nunciatio tollitur remiſſione privata *l. 1.* §. *10. h. t.* & ſatisdatione nunciati, qua is promittit, ſe opus eſſe deſtructurum, ſi appareat, quod jus ædificandi non habuerit *l. 8.* §. *3. l. 20.* §. *9. de op. nov. nunc.* ſed jure novo, demum poſt lapſum trium menſium, hæc ſatisdatio admittitur *l. un. C. de nov. oper. nunc.* verum illa ſanctio, ex rationibus æquitatis & utilitatis publicæ, explicanda eſt, hinc judex cognoſcere debet, quando illa admittenda ſit *v. l. 12.* §. *7. de ædific. privat.* CARPZ. *1. Rſp. 7.* STRUV. *S. J. C. exerc. 39.* §. *12.*

§. 13. Fieri etiam poteſt, ut à rebus vicini jam factis, ſed ruinoſis, damnum nobis immineat, illudque, licet hactenus infectum ſit, tanquam futurum probabiliter metuatur. Hoc caſu dominus obligatur naturaliter ad damnum, rei ſublatione, vel emendatione, avertendum, aut, ſi hoc ejus rationes non admittant, manente periculo, ad alterum probabili medio ſecurum reddendum, & denique, damno præter votum ſecuto, ad illud reſarciendum.

§. 14. Ex his principiis fluxit apud Romanos *cautio de damno infecto*, quæ eſt *promiſſio, qua alterum, de damno infecto, ſecurum reddimus, ejusque, ſi vitio operis ſit eventurum, reſtitutionem pollicemur.* Eam adeo Prætor Romanus non introduxit, ſed, ex æquitate naturali, ſaltem elicuit, nonnulla tamen circa illam occurrunt, quæ tricas fori Romani redolent, nec hodie magni uſus ſunt.

§. 15. Dicitur illa cautio, *ſubſidiaria*, adeoque non aliter exigitur, quam ſi alii contractus ac inde ortæ actionis deficiant *l. 13.* §. *6. l. 18.* §. *2. 4. l. 32. in fin. l. 33. de damn. inf.* in qua doctrina id latet præjudicium, quaſi omnes actiones, conventionem aliquam præſupponant, præterea conventio prævia, excludendæ cautioni, non ſemper ſufficere videtur, cum in hac, plus ſecuritatis, quam in illa eſſe queat. Plane illud rationem habet, ut cautio negetur, ſi is, qui damnum metuit, rei emendandæ facultatem habeat *l. 18.* §. *2. h. t.*

§. 16. Exigitur cautio per Magiſtratum competentem, id quod ex natura imperii reſultat, ac, ex ſtatu cujusvis Reipublicæ, ſpecialius diju-

dijudicari debet; sanctiones Romanæ *l. 1. 4. §. 2.3. l. 7. l. 19. §. 1. h. t.* hodie nullum habent usum. Conceditur vero cautio, ad instantiam partis *l. 4. §. 8. h. t.* non calumniose eam petentis, hinc jusjurandum calumniæ aliquando præstari debet *l. 7. pr. l. 13. §. 3. 13. 14. h. t.* utrum autem medium petendi, *persecutionem extraordinariam*, an *actionem* dicere velis, hodie nihil refert, ut, vitilitigia, ex *l. 7. §. 1. l. 33. h. t.* instrui, necesse non sit.

§. 17. Præstant cautionem, qui in re vitiosa jus habent *l. 9. pr. l. 13. pr. §. 1. l. 19. pr. h. t.* ut dominus, etiam minus plenus *l. 9. §. 4. l. 10. h. t.* usufructuarius *l. 9. §. f. h. t.* Creditor pignoratitius *l. 19. pr. l. 15. §. 25. h. t.* qui servitutem habet *l. 13. §. 1.* quandoque etiam dominus rei integræ, si hæc, ob alterius ruinam, nocere queat *l. 13. §. 2. h. t.* Præstatur cautio iis, quorum periculo res est *l. 18. pr.* ut domino, fructuario *l. 13. §. 8.* creditori hypothecario *l. 11. h. t.* & omnibus, quorum interest *l. 13. §. 3. seqq.* modo, ex scitis juris Romani, aliud remedium non habeant: sic inquilino, qua tali, non cavetur *l. 13. §. 6. l. 33.* bene tamen qua vicino vel domino *l. 13. §. 4. l. 18. §. 3. h. t. v. §. 15. h.*

§. 18. Cavendum est ratione damni, quod ex vitio rei metuitur, non quod aliunde evenit *l. 24. §. 9. seqq. l. 43. pr. h. t.* & nihil refert qualis sit illa res *l. 18. §. 1. l. 24. §. 9. 10. l. 19. §. 1. l. 15. §. 10. l. 24. pr. h. t.* Domini autem vel veri *l. 13. §. 1. l. 9. §. f.* vel præsumti *l. 13. pr.* nude repromittunt, cæteri, qui vel dominium utile *l. 9. §. 4.* vel jus in re habent, satisdant *l. 9. §. f. l. 15. §. 25. l. 22. §. 1. l. 31. §. 1. h. t.* is tamen qui servitutem realem habet, saltem repromittit *l. 13. §. 1. l. 30. §. 1. h. t.* Sed satius erat, semper exigere satisdationem, nam, in nuda repromissione, nulla est securitas & utilitas, nisi quod quis actionem nominatam inde consequatur, quæ satis exigua censeri debet. Adjicitur cautioni plerumque dies *l. 13. §. f. l. 15. §. 1. 2. h. t.* Ex cautione præstita, oritur actio ex stipulatu *l. 28. l. 39. §. f. l. 40. h. t.*

§. 19. Quodsi quis cavere nolit, petens, custodiæ causa, in rem vitiosam, à Magistratu competente, mittitur *l. 5. §. 1. l. 15. §. 11. 12. 15. 18. l. 38. §. 1.* ac cum domino simul est in possessione *l. 15. §. 20. h. t.* Continuata contumacia, post aliquod intervallum *l. 15. §. 21. h. t.* misso dominium vel verum vel præsumtum adjudicatur *l. 15. §. 16. 17. 33. h. t.*

Hhh *l. 1. de*

l. 1. de fund. dotal. qui adeo priſtinum dominum expellere *l. 15. §. 33. h. t.* ac rem à quovis vindicare poteſt *l. 15. §. 18. h. t. l. 7. §. 9. comm. divid.* Quæ contumaciam coercendi ratio, ex communibus æquitatis & prudentiæ principiis, reſultat nec adeo Romanis propria eſt.

§. 20. Si dominus rei vitioſæ neque caveat, neque miſſum admittat, ac interea res damnum det, tum naturaliter ad illud reſarciendum tenetur, quo nomine actio in factum, contra ipſum comparata eſt *l. 15. §. fin. l. 16. l. 17. §. 3. de damn. inf.* Si vero alter, qui damnum metuit, in exigenda cautione, moram committat, ac res vitioſa interim noceat, damni reſtitutio ceſſat, quia læſus in illud conſenſiſſe cenſetur *l. 8. 9. l. 44. h. t.* quæ tamen explicatio nimis larga eſt, ac ex falſa hypotheſi, quaſi ex ſola cautione reſtitutionis neceſſitas dependeat, oriri videtur.

§. 21. Quando res aliqua nocet, antequam de cautione præſtanda actum fuit, tum videntur JCti Romani aliquam velut noxæ deditionem aſſerere *l. 6. 7. §. 1. 2. de damn. inf.* ſed hæc non ſatis congrue adſtruitur, cum res inanimatæ nunquam *motu proprio* noceant. Quare diſtingvendum putem, utrum *res noſtra, vi majori impulſa damnum det,* hoc caſu fortuitum eſt, ejusque reſtitutio non eſt facienda *v. l. 9. §. 1. l. 24. §. 3. de damn. inf.* an *vitio ſuo noceat v. l. 24. §. 10. eod.* tum ad ſolidam æſtimationem dominus tenebitur, nec poterit rei derelictione defungi, ſi illa, reſarciendo damno, non ſufficiat. Quodſi læſus in damnum conſenſerit, nihil præſtandum erit, ſed, in aſſerendo illius conſenſu, Romani plus juſto fuerunt liberales, ceu *§. præc.* dictum.

§. 22. Aliquando ex opere, injuſte facto, damnum metuitur, contra quod nobis etiam proſpicere poſſumus. Sed non ſolet hoc caſu exigi cautio, verum operis deſtructio potius petitur, quæ etiam, ex æquitatis præſcripto, fieri debet. Pertinet eo *actio aquæ pluviæ arcendæ,* quæ eſt *actio perſonalis, in rem ſcripta, qua agitur ad opus, ex quo damnum, per aquam pluviam, inferri poteſt, deſtruendum & damnum ſi quod datum eſt, reſarciendum.* Dicitur actio *perſonalis,* quia ob factum ejus, qui opus exſtruxit, datur: Eſt tamen *in rem ſcripta,* quia contra alios quoque, qui opus non fecerunt, effi-

efficax eſt. De cætero manifeſtum eſt, quod, ex ipſa æquitate naturali, quam LL. XII. tab. confirmarunt *l. 22. §. fin. de aqu. & aqu. pluv. l. 21. pr. de ſtatu lib.* illa oriatur.

§. 23. Requiritur ergo (1.) ut opus ſit factum *l. 1. §. 1. 10. 15. l. 2. §. 6. h. t.* vel etiam deſtructum *l. 1. §. 22. h.* (2.) ſine jure, hinc quod agri colendi cauſa fit, licitum eſt *l. 1. §. 3. 15. h. t. v. l. 1. §. 23. l. 2. §. f.* (3.) privata autoritate, nam quod publico nomine ſuſcipitur, juſtum cenſetur *l. 2. §. 3. l. 23. h. t.* (4.) ſine conſenſu vicini *l. 9. §. 1. l. 19. 20. h.* (5.) nociturum *l. 1. §. 1. h. t. l. 8. §. 5. ſi ſerv. vind.* Hæc requiſita naturalia ſunt, iisque deficientibus, nulla actio competit. Præterea requiritur, ut opus ſit factum (6.) in loco privato *l. 18. h. t.* (7.) ruſtico *l. 1. §. 19.* ut ſit nociturum (8.) agro *l. 1. §. 17.* (9.) per influxum *l. 1. §. 22. l. 2. §. 9. h.* Sed hæc requiſita determinant ſaltem læſionem ſpecialem, adeoque, iis deficientibus, non ceſſat omnis actio, ſed illa ſolum nomen actionis aquæ pluviæ arcendæ gerere non poteſt.

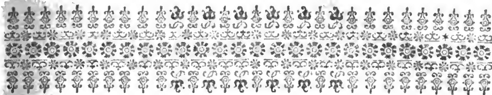
§. 24. Competit actio aquæ pluviæ arcendæ domino *l. 6. §. 4. h. t.* & illis qui jus in re habent *l. 3. §. f. l. 22. pr.* adverſus dominum *l. 4. §. 2. l. 5. 6. 18.* vel eos, qui jure reali opus noxium poſſident *l. 22. §. 2. h. t.* quodſi res fuerit alienata, novus poſſeſſor conveniri poteſt, nam licet opus non fecerit, attamen æquitas exigit, ne rem, aliis nocituram, poſſideat *l. 12. 16. h. t.* poteſt tamen, etiam contra alienantem agi, ſi judicii mutandi cauſa *l. 16. in fin.* vel, poſt litem conteſtatam, rem alienaverit *l. 4. §. 1. h. t.* ſed ſatius erit, à novo poſſeſſore, deſtructionem operis, quam ab alienante, id, quod intereſt, exigere.

§. 25. Tendit actio aquæ pluviæ arcendæ, ad operis noxii deſtructionem *l. 14. §. 2. h. t.* quam quidem ejus Autor propriis ſumtibus facere *l. 4. §. 2. l. 6. §. 6. l. 11. §. f.* cæteri vero poſſeſſores ſaltem patientiam præſtare debent, quo tamen caſu, impenſas deſtructionis, actor ab autore recuperare poteſt *l. 4. §. 2. 3. l. 5. l. 6. §. 7. l. 11. §. f. l. 12. 13. h. t.* quæ omnia naturalia ſunt *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obſ. 995.* qui deſtructioni reſiſtunt, ad intereſſe, aut forte, operis nocituri deditionem, condemnantur *l. 24. §. 2. h. t.*

§. 26. Si, lite cœpta, damnum ſuperveniat, ejus quoque in hac actione habetur ratio, ſed ſi, ante litem motam, opus nocuerit, damni reſtitutio non hac actione, ſed interdicto quod vi aut clam *l. 4. §. 2. 3. l. 5. 6. §. 6. h. t.* vel actione L. Aquiliæ *v. l. 49. §. 1. ad L. Aquil. l. 7. §. 4. l. 13. pr. quod vi aut clam.* petitur, quia ſcilicet huic petitioni, nomen actionis aquæ pluviæ arcendæ, non ſatis convenire fuit exiſtimatum. Sed, iſtas minutias conſectari, vix operæ eſt pretium, nam certum eſt, quod & damni, antea dati, reſtitutio, & operis deſtructio, eodem libello peti queant, ut res eodem recidat, ſive, unam actionem proponi, ſive duas cumulari, exiſtimes *add.* LAUTERB. *C. J. de op. nov. nunc. ſeqq.*



LIBER



LIBER QUARTUS.

CAPUT I.
DE PERMUTATIONE.

SUMMARIA.

Transitus ad contractus, qui hodie tantum sunt consensuales §.1.
Quod in specie de realibus etiam verum §. 2.
Partitio sequentium §. 3.
Permutationis indoles §. 4.
Intendit mutuam dominii translationem §. 5.
Ejus subjectum & materia §. 6. 7.
Res permutandæ, ut species & res æquales spectantur §. 8.
Solus consensus hodie parit actionem §. 9.
Ac periculum rei permutandæ transfert §. 10.
Quod utrumque secus est jure civili §. 11.
Facta unius præstatione, res promissa valide exigitur §. 12.
Etiam jure civili, sed cum aliquo discrimine §. 13.
Rei promissæ periculum, hodierno & Romano jure, ad dantem, hoc casu, pertinet §. 14.
Permutatione plane consummata, cessat pœnitentia, tam jure civili, quam moribus §. 15.

§. 1.



PRogrediendum nunc est ad *contractus* & *delicta*, quæ res aliorum respiciunt, &, ex quibus, varia *jura personalia*, iisque respondentes, *obligationes* oriuntur *v. lib. præc. c. 11. §. 1.* Primo de Contractibus agendum erit: De pactis obligatoriis in genere, eorumque varietate *l. 2. c. 4. §.* dixi, ac probavi, quod, ex usu Germaniæ, pacta, conventiones & contractus coincidant, quodque hodie omnes contractus, tantum sint consensuales, juxta quam hypothesin, tractatio specialis nunc erit instituenda.

§. 2. Equidem, circa contractus reales, præcipua est dubitatio,

 nam

nam hos plerique adhuc afferunt, ab iisque pacta præparatoria discerni jubent: Licet vero, si hæc, obligatoria dicas (quod tamen non omnes faciunt) in effectu nihil interfit, five duo negotia, five unum contractum consensualem afferas, attamen cum illa negotiorum separatio, ex nudis Romanorum pactis, manifeste satis habeat originem, hæc vero admissa non sint, ideo hoc quoque consectarium rejiciendum, ac doctrina contractuum, principiis æquitatis, in Germania probatis, attemperanda erit.

§. 3. Quo autem futuræ tractationi ordo constet, considerabimus contractus *Principales* & *Accessorios*, qui scilicet aliis firmandis, ineuntur *v. l. 2. c. 5. §. 6.* Illi sunt vel *consulti*, vel *fortuiti d. l. 2. c. 5. §. 4.* quorum priores, iterum in *onerosos* & *gratuitos* discernere licet. De singulis sigillatim agendum erit, ubi quidem cætera discrimina *d. l. 2. c. 5.* memorata, intercurrent, ea tamen fundamenti loco secuturæ tractationi non substernimus. Explicatis singulorum contractuum speciebus, generalia quædam, quæ variis contractibus communia sunt, adjiciemus. Equidem multis, qui præjudiciis Romani juris laborant, ordo noster parum accuratus & juridicus videbitur, sed, vel ad præjudicia illa oppugnanda, ordinem, sic instruere, visum fuit.

§. 4. Inter contractus onerosos, primo loco merito considerandа *Permutatio*, est enim antiquissimus contractus, eoque, ante inventum nummum, commercia fere expedita fuerunt. Sumitur illa vel late, pro quovis contractu oneroso, vel stricte, pro aliqua ejus specie, hoc sensu est *contractus consensualis de rebus æqualibus, earumque dominio, similive jure reali, permutandis.* Perficitur igitur *solo consensu*, perinde ut emtio venditio, *traditio* vero ad *consummationem* pertinet. Jure quidem civili, traditio, est pars essentialis permutationis, sed id hodie non obtinet *v.* OBSERV. LAUTERB. *Observ.* 620.

§. 5. Ea permutationis intentio est, ut dominium vel simile jus reale transferatur, nam hoc, ex ejus indole, satis liquet *v. l. 75. §. f. de V. O. l. 167. pr. de R. J.* non tamen hoc præcise de *rei veritate*, sed saltem de *opinione contrahentium* exaudiendum est, hinc sufficit, si illa jura præsumtive transferantur. Ea porro conditione jus suum alter alteri concedit, ut hic vice versa suum, in alterum, transferat, quare, si alter rem suam alteri det, nec fidem de re, rursus danda, habeat, dominium rei

datæ

datæ non eſt translatum, quamdiu accipiens rem ſuam non præſtitit, hoc enim defendi poteſt, ſive, ex mero jure naturali, ſive civili, hanc rem æſtimes *arg.* §. 41. *I. de R. D. v.* OBSERV. LAUTERB. *Obſ.* 634. 635.

§. 6. Permutare poſſunt *omnes*, qui liberam rerum ſuarum habent adminiſtrationem *v. l.* 4. *C. de præd. minor.* & nihil, quoad hoc caput, intereſt, ſive permutationem, juxta jus Romanum, pro contractu innominato, ſive mores Germaniæ, conſenſuali, habeas. Idem dicendum de *materia*, nam permutari poſſunt omnes res, quæ ſunt in commercio & alienari non prohibentur, etiam alienæ, ad eos ſcilicet effectus, ad quos vendi poſſunt *l. 1. C. de rer. perm. l.* 29. *C. de evict. l. 1. §. 1. de rer. permut. l.* 4. §. 17. *de uſurp. l.* 7. §. 5. *de public. in rem act. v.* OBSERV. LAUTERB. *Obſ.* 638.

§. 7. In ſpecie nihil intereſt, ſive (1.) ſint res corporales, ſive incorporales, quod tamen non ita accipiendum quaſi duæ permutationis ſint ſpecies, ſed dicendum potius, quod in omni permutatione, res corporalis, cum incorporali, ſeu jure aliquo, transferatur (2.) mobiles vel immobiles, etiam pecunia numerata, tanquam corpus *l.* 51. *de Legat. 1. l. fin. de condict. cauſ. dat.* (3.) ſpecies vel quantitates, ejusdem vel diverſi generis *v. l. 7. C. de rer. permut.* Illud etiam nihil refert, ſive (4.) res æſtimatæ aut venales fuerint, ſive non, nam non infrequens eſt in vita civili, ut propoſitum contrahendi, ex aliqua neceſſitate, mutandum ſit *v. l. 1. C. de rer. permut. v.* OBSERV. LAUTERB. *Obſ.* 637.

§. 8. Semper tamen res permutandæ, ſpectantur ut ſpecies vel corpora, & ut res æquales *v. l. 1. pr.* §. *1. de C. E. V. l.* 5. §. 1. *de P. V. l.* 5. 7. *C. de rer. permut. l.* 58. *de procur.* hinc differt permutatio (1.) ab *emtione venditione*, in qua pecunia numerata requiritur (2.) à *donatione reciproca*, quæ æqualitatem non deſiderat; interim Romani ſæpe donationi, permutationis ſchema, circumpoſuerunt, quo actionem aliquam afferere poſſent *v. l. fin. C. de rer. permut. l.* 9. 22. *C. de donat. conf. l.* 38. *de C. E. V.* qua ſollicitudine, nec de jure civili recentiori *l.* 35. §. 5. *C. de donat.* nec moribus noſtris, amplius opus eſt, cum in quovis negotio, ad producendam actionem, ſolus conſenſus ſufficiat (3.) à *mutuo*, nam in hoc, de eadem quantitate, ſucceſſive præſtanda, agitur, ſed in permutatione, etiam res fungibiles, ut duæ ſpecies permutandæ, conſiderantur *add.* OBSERV. LAUTERB. *Obſ.* 640.

§. 9. Effe-

§. 9. Effectus permutationis ut recte intelligatur, ac simul discrimen juris Germanici & Romani appareat, triplex ejus status est distingvendus, vel enim (1.) *conventio, de rebus permutandis, tantum intercessit.* Hoc casu, hodie, exclusa omni pœnitentia, uterque, ad rem promissam præstandam, efficaciter obligatur, perinde sicut se res habet in emtione venditione. Contra invitum datur actio, quam *Condictionem ex moribus* dicere licebit, cum effectu tamen illa institui nequit, nisi actor, à sua parte, contractum implere paratus sit, nam alias ei obstabit exceptio rei non traditæ, vel non impleti contractus, quo loco observandum, eum, qui causam dedit contractui, regulariter quoque executionis initium facere debere.

§. 10. Porro, conventione inita, res promissæ, sunt mutuo contrahentium seu creditorum periculo, hinc is, qui rem suam casu amisit, sibi promissam tamen recte exigit: Qua in parte, ob diversitatem objecti, aliqua, inter emtionem & permutationem, est differentia: in illa enim, rei venditæ periculum, spectat quidem ad emtorem, sed periculum pretii, vice versa non sustinet venditor, quia scilicet quantitas debetur, quæ perire nequit: ast in hac, par utriusque, in sustinendo periculo, est conditio, quia, ab utraque parte, certa debetur species. Quodsi vero, de rebus fungibilibus, in genere permutandis, non habito, ad certa corpora, respectu, fuerit actum, tum quisque rei suæ periculum, usque ad traditionem, sustinet.

§. 11. Jure civili, ex placito permutationis, nulla datur actio, sed pœnitentia, ab utraque parte, locum habet, nisi stipulatione, seu verbis solennibus, illud fuerit celebratum *l. 3. 7. C. de rer. permut.* hinc etiam dubio procul quisque rei suæ periculum sustinet, nec illud, ad alterum contrahentem, spectat. Verum hodie illa cessant, licet, invitis juris Germanici principiis, nonnunquam inculcari soleant *v.* CARPZ. *p. 2. C. 33. D. 23.*

§. 12. Quodsi (2.) *conventioni præstatio aut traditio unius accesserit*, tum is, qui suum præstitit, condictione ex moribus, rem promissam ab altero, valide exigit, res vero data nec à dante potest repeti, si sine fraude contractum sit, ac is fidem de pretio, seu re promissa, habuerit *v. §. 5. h.* nec accipiens eam invito danti potest reddere, sed idem juris est, quod in emtione venditione *l. 8. C. de C. E. V. l. 14. C. de rescind.*

ven-

vendit. multo minus dans rem datam à tertio poteſt repetere *conf.* OBSERV. LAUTERB. *Obſ.* 347. Si res data perierit, accipiens nihilominus, ad rem promiſſam præſtandam, obligatur, ſicut vice verſa rem acceptam retinet, licet rem promiſſam, caſu ſublatam, non præſtet, modo ejus dolus, culpa aut pactum non interceſſerit, & certa ſpecies fuerit debita.

§. 13. Jure Romano, dans itidem rem promiſſam *l. 4. 5. 7. 8. C. de rer. permut. l. 26. de P. V.* vel id, quod intereſt, actione præſcriptis verbis exigit *l. 5. §. 1. de P. V.* ſed id diſcriminis ſubeſt, quod, moribus noſtris, datio ſit ſaltem *conditio ſine qua non*, ſed jure civili, eſt *pars eſſentialis* contractus. Præterea jure Romano dans, vel, ob ceſſationem accipientis, vel propriam pœnitentiam, rem datam, ſi eam malit, condictione cauſa data cauſa non ſecuta, poteſt repetere *l. 5. §. 1. l. 7. de P. V. l. 4. 5. 7. C. de rer. perm. v.* OBSERV. LAUTERB. *Obſ.* 645. ſed ſaltem ab accipiente, non tertio *l. 4. C. de rer. permut.* CARPZ. *p. 2. C. 33. D. 24.* dantis ergo, non accipientis, eſt electio, quod fruſtra ex *l. 1. §. fin. ff. l. 1. 7. C. de rer. perm.* à nonnullis aſſeritur *v.* CARPZ. *p. 2. C. 33. D. 23. n. 4. ſeqq.* PERETZ *ad C. de rer. permut. n. 2.*

§. 14. Cæterum uti, repetitionem rei datæ hodie plane ceſſare, jam dixi §. 12. ita in eo jus Romanum, cum moribus noſtris, iterum convenit, quod rei promiſſæ periculum caſuale, ad dantem pertineat, hinc, ea per caſum ſublata, accipiens rem acceptam retinet *l. 5. §. 1. de P. V. l. fin. ff. l. 2. C. de rer. permut.* perinde ſicut venditor pretium ſervat, licet rem venditam, ob caſum, præſtare nequeat; quare etiam dans, neque ex pœnitentia, rem datam repetere poteſt *l. pen. C. de condict. ob cauſ. dator.* Aliud eſt, ſi ſine conventione, per anticipationem, res data ſit, tum enim rei ſperatæ periculum, dantis nondum eſt, ſed, hac pereunte, illa poteſt repeti *l. fin. de condict. cauſ. dat. v.* OBSERV. LAUTERB. *Obſ.* 644.

§. 15. Quodſi denique (3.) *ab utraque parte ſit facta traditio*, tum, ſine dubio, permutatio eſt valida, & neuter pœnitere poteſt, qua in re, jus civile & mores conſpirant, modo dolus, coactio, error ſimilisve cauſa impediens non intervenerit, nam alias, pro caſuum diverſitate, vel permutatio erit nulla, vel minimum læſionis emendatio peti poterit. Quodſi in ſpecie enormis læſio interceſſerit, tum læſo ele-

ctionem concedunt, utrum à contractu plane recedere, an damni restitutionem exigere velit, eoque nomine, vel exceptionem vel actionem ei tribuunt *v.* LAUTERB. *C. J. de rer. permut. in fin.* sed hodie, ad exemplum emtionis venditionis, lædenti electio competit, de quo alibi in genere dicendum erit.

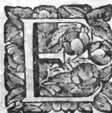
CAPUT II.

DE EMTIONE VENDITIONE.

SUMMARIA.

Emtionis venditionis natura & varietas §. 1.
Perficitur illa solo consensu §. 2.
Emtione imperfecta, locus est pœnitentiæ §. 3.
Regulariter quivis hunc contractum inire potest §. 4.
Materia ejus, à parte venditoris, est res existens §. 5.
Potentia §. 6.
Vel actu, ex quo oritur emtio spei §. 7.
Et rei, quæ debet esse certa §. 8. 9.
Ac in commercio §. 10.
A quo nonnullæ excluduntur §. 11.
Vendi possunt res propriæ & alienæ §. 12.
Emtio rei suæ non valet §. 13.
Pretium debet consistere in pecunia numerata §. 14.
Esse verum §. 15.
Ac certum §. 16.
In arbitrium alterius contrahentis, vel tertii incerti, ejus determinatio conferri nequit §. 17.
Bene vero in tertii certi §. 18.
Pretium quatenus justum esse debeat §. 19.
Emtioni aliquando adjicitur dies conditio resolutiva & suspensiva §. 20.
Ut & modus §. 21.
Emtionis initæ indicium & effectus §. 22.
Emtione perfecta, periculum & commodum est emtoris §. 23.
Aliquando venditoris §. 24.
Ante conditionis suspensivæ existentiam, damnum ad venditorem pertinet §. 25.
Talis conditio occurrit circa res ad mensuram, pondus, numerum aut gustum vendi solitas §. 26. 27. 28.
Rei alienæ venditæ periculum spectat ad dominum §. 29.
Emtio perfecta solvitur dissensu §. 30.
Impeditur vero dolo & vi §. 31.
Nec non errore §. 32.
Cujus effectus specialius declaratur §. 33. 34. 35. 36.
Impeditur etiam emtio simulatione §. 37.
Et obscuritate inexplicabili §. 38.
Emtionis substantialia, naturalia & accidentalia §. 39.

§. I.



Mtio venditio, est *contractus consensualis de re; pro certo pretio, tradenda v. l. 1. §. fin. l. 2. §. 1. de C. E. V.* Distingvitur (1.) ab *objecto*, in *rerum corporalium*, quando res præsens, cum suo jure, & *incorporalium*, quando res absens, cum jure exigendi, venditur. Non igitur ibi tantum res corporalis, hic incorporalis

lis occurrit, sed à potiori saltem fit denominatio (2.) à *modo exercendi*, in *naturalem* sive *œconomicam*, quam quivis pro ratione status sui, aliquando suscipit, & *artificialem* seu *negotiatoriam*, quæ à mercatoribus, juxta regulas artis, instituitur *v. c. 11. Dist. 88.* (3.) ab *adjuncto*, in *Non scriptam*, quæ solo consensu perficitur, & *Scriptam*, quæ scripturam ad sui perfectionem desiderat *pr. I. de Emt. vendit. l. 17. C. de fid. instrum.* regulariter scriptura saltem ad probationem pertinet *l. 1. §. 2. de rer. perm. l. 4. de pignor. l. 4. de fid. instrum.* CARPZ. *p. 2. C. 33. D. 12. 13.*

§. 2. Perficitur regulariter emtio-venditio consensu vero, puro, mutuo, de re *l. 8. de C. E. V.* pro certo pretio *l. 9. cod.* habenda, quomodocunque declarato *l. 1. §. 2. l. 2. §. 1. cod. l. 1. §. 2. de rer. permut. l. 2. de O. & A.* cum effectu tamen neuter contrahentium agere potest, quam si contractum, à sua parte, impleverit, vel implere paratus sit *l. 13. §. 8. de A. E. V.* quodsi conditio suspensiva adjecta sit, hujus existentia demum emtio perficitur *l. 2. C. de peric. & commod. rei vend.* Verus etiam consensus is demum esse censetur, qui liber est à coactione injusta *l. 11. C. de C. E. V. l. 16. C. de jur. delib.* juste tamen quis, ad hunc contractum, quandoque recte cogitur *v. l. 1. §. 11. de offic. præf. urb. l. 14. §. 1. quemad. serv. amitt. l. 12. de religios. §. 2. I. de his qui sui vel alien. jur.* LAUTERB. *C. J. de C. E. V. lit. C.* Aliquando, ex conventione speciali, scriptura ad perfectionem emtionis, requiritur *pr. I. de emt. vend. l. 17. C. de fid. instrum.*

§. 3. Sive autem solo consensu, sive in scriptis emtio venditio celebranda sit, quamdiu consensus perfecte non est datus, tamdiu locus est pœnitentiæ, sed cum dispendio arrhæ, si quæ data sit *pr. I de emt. vendit. l. 17. C. de fid. instrum.* nam anticipata arrhæ datio, involvit pactum de emendo, cujus adeo violatio, illius dispendio multatur: Quodsi emtio perfecta sit, pœnitentiæ locus non est, licet quis arrharum damnum subire velit, nisi alter consentiat, quod non raro fieri solet *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 497. 498.*

§. 4. Emere & vendere possunt, qui alios contractus ineunt, nec specialiter prohibentur, qualis prohibitio occurrit (1) quoad tutores similesque administratores *l. 34. §. fin. l. 46. de C. E. V. l. 5. §. 2. 3. de autor. tutor. v.* CARPZ. *l. 5. Rsp. 68.* provinciarum præfectos *l. 62. de C. E. V. l. 46. §. 2. de jur. fisc. l. un. §. 2. C. de contract. judic.* (3.) Nobiles

l. 3. C. de commerc. & mercat. CARPZ. *p. 2. C. 6. D. 4.* (3.) *Clericos c. 15. 16. X. de vit. & honest. Cleric.* (5.) Hostes *l. 2. C. quæ res export. non deb.* (6.) Exteros, cum quibus, prout utilitas Reipublicæ exigit, commercia prohiberi solent *v.* LAUTERB. *C. J. de C. E. V. lit. S.*

§. 5. Materia emtionis venditionis, à parte venditoris, est *res* sive *merx*, à parte emtoris, *pretium v. l. 1. §. 1. l. 8. de C. E. V. l. 1. de rer. permut. l. 66. 207. de V. S. l. 1. §. 1. de tribut. action.* Res debet (1.) *existere l. 15. de C. E. V.* alias contractus est nullus *v. l. 69. de V. O.* quodsi pro parte, ante contractum, perierit, is itidem nullus est, si res ut individua fuerit considerata, si deceptio intervenerit, interesse quandoque præstandum est, quemadmodum aliquando, ob consensum, pretium solvi debet, re licet extincta *v. l. 57. de C. E. V.*

§. 6. Interest porro, utrum res *potentia* tantum, an etiam *actu* existat. Illo casu emtio est conditionalis, adeo, ut si res sperata plane non producatur, nihil etiam ab emtore solvendum sit *l. 8. de C. E. V.* Quodsi autem aliquo modo, tempore contractus, præsens, sed adhuc imperfecta sit, ut si quis fructus in herbis emat, tum emtio pura est, & emtor periculum sustinet, adeo, ut licet casus fructus interceperit, tamen omne pretium exsolvere debeat, nisi aliud actum sit *l. 39. §. 1. l. 78. §. fin. de C. E. V. l. 21. pr. l. 25. de A. E. V.* Quia vero ejusmodi venditiones sæpe satis voluntariæ non sunt, ideo legibus positivis quandoque prohibentur *v.* SAND. *l. 3. Dec. 3. t. 4. Def. 7.* quod tamen non factum in *Ordin. Polit. imper. de anno 1577. tit. 19.*

§. 7. Si vero res actu existat; tum rursus interest, utrum contrahentes eam in *sua potestate non habeant*, an *habeant*. Illo casu, occurrit emtio spei *l. 8. §. 1. de C. E. V.* ac videndum est, num *ipsa spes*, seu *actus percipiendi* v. gr. *venatio, piscatio aut aucupium, emta sint*, tum est pura emtio, & pretium exsolvendum, licet nihil captum sit, modo venditor bona fide operas præstiterit *l. 8. §. 1. de C. E. V. l. 12. de A. E. V.* an vero *res ipsæ* v. gr. *pisces*, tum est emtio conditionalis, adeo ut, si nihil omnino captum sit, pretium exsolvi non debeat *d. l. 8. pr. de C. E. V.* nam diversa illa voluntas, ex diverso contrahendi modo, probabiliter colligitur.

§. 8. Altero casu, quando res potestati contrahentium subest, requiritur, ut sit (2.) *certa*, nam alias consensus necessarius nondum adest. Deter-

Determinatur autem res vel *per aversionem*, quando sine considera-tione quantitatis, aut numeri, vel rerum singularum, emtio initur, vel *per mensuram pondus aut numerum*, quando secundum hæc contra-ctus celebratur. Illo casu emtio valet, licet in quantitate erratum sit, nam aliquid aleæ admixtum est, hoc vero, pretium quantitati, pon-deri vel numero attemperandum est *l. 40. §. 2. de C. E. V. l. 2. pr. l. 4. §. 1. l. 6. pr. l. 42. de A. E. V. l. 69. §. fin. de evict.* CARPZ. *l. 5. Resp. 25.* RAUCH-BAR. *l. 1. qu. 21.*

§. 9. In dubio autem, posteriori casu, spectatur mensura loci rei sitæ, non contractus, & potest admensuratio etiam, post sexaginta dies, exigi, nam terminum, qui, restringendæ contractus dissolutioni in *l. 31. §. 22. de ædilit. edict.* statutus est, huc non pertinere, facile liquet, *add. l. 40. de C. E. V.* Est etiam emtio ad mensuram facta, conditionalis ac admensuratione demum perficitur, hinc, ante eam, periculum est venditoris *l. 10. ff. l. 2. C. de peric. & comm. rei vend.*

§. 10. Debet porro res esse (3.) *in commercio*, alias contractus est nullus *l. 6. pr. l. 22. 23. 34. §. 1. l. 70. de C. E. V.* Obligatio tamen secunda-ria ad interesse quandoque nascitur; Nimirum si uterque qualitatem rei ignoraverit, contractus simpliciter est invalidus, si vero venditor eam sciverit vel supine ignoraverit, emtori ignoranti id, quod interest, præstat *l. 4. 34. §. 3. in fin. l. 62. §. 1. l. 70. de C. E. V. l. 19. §. 1. l. 33. locat. v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 499.* Si autem solus emtor sciverit, em-tio itidem nulla est, pretium tamen ultro solutum repeti non posse videtur *l. 34. §. 3. l. 70. de C. E. V.*

§. 11. In censum autem rerum, vel simpliciter, vel certo respectu, commercio exemtarum, referri solent homo liber *l. 34. §. 2. de C. E. V. l. 1. §. 9. de O. & A. l. 103. de V. O.* res religiosæ, sacræ & sanctæ *l. 6. pr. l. 22. 73. de C. E. V.* publicæ *l. 6. pr. l. 72. §. 1. de C. E. V. §. fin. I. de emt. & vendit.* venena mala *l. 35. §. 2. de C. E. V.* libri reprobatæ lectionis *l. 4. §. 1. fam. ercisc.* Officia *Nov. 6. c. 1. §. 9. Nov. 8. c. 7.* res litigiosæ *l. 2. 4. C. de litig.* furtivæ *l. 34. §. 3. de C. E. V.* purpura & sericum ratio-ne privatorum *l. 1. 2. C. quæ res ven. non poss. v.* LAUTERB. *C. J. de C. E. V. lit. O. n. 3.* circa quæ, aliaque ejus generis exempla, observan-dum, quod à negatione commercii, ad negationem dominii, semper

 infer-

inferre non liceat, poteſt enim res eſſe in dominio, cujus tamen commercium ſit interdictum.

§. 12. De cætero poſſunt vendi res propriæ *l. 34. §. 1. de C. E. V.* uſufructuariæ *l. 12. §. 2. l. 38. ſeqq. l. 67. de uſufr.* debitæ *l. 2. C. de O. & A.* communes *l. 68. pro ſoc. l. 13. §. 17. de A. E. V. l. 2. 3. C. de comm. rer. alien.* & nihil refert ſine ſint mobiles ſive immobiles, ipſa etiam pecunia, ut corpus ſpectata, vendi poterit. Res etiam alienæ, non quidem in præjudicium domini, ſed ad effectum uſucapionis ac præſtandæ evictionis ſimilemque, poſſunt vendi *l. 28. de C. E. V. l. 11. §. 8. l. 30. §. 1. de A. E. V. l. 3. C. de Evict. v. l. 15. 16. commod. l. 31. depoſit. l. 7. locat l. 9. pr. l. 22. §. 2. de pign. action.* & videtur contractus valere inter contrahentes, licet uterque ſciverit, rem eſſe alienam *l. 28. de C. E. V. l. 30. §. fin. de A. E. V.* nam ſcientia illa rem furtivam, cujus alioquin commercium non eſt *l. 34. §. 3. de C. E. V.* non ſtatim efficit.

§. 13. Si quis rem ſuam emat, tum emtio ne quidem, quoad obligationem ſecundariam, ad pretium, ignoranti emtori reſtituendum, valere, ſed obligatio illa, extra contractum, naſci creditur, ut condictione indebiti illud repetendum ſit *l. 16. de C. E. V. l. 4. C. eod. l. 45. de R. J. l. 3. §. 4. de A. A. P.* cujus ſubtilitatis nulla hodie eſt utilitas, cum non de obligatione & actione ipſa, ſed ejus ſaltem nomine diſputetur *vid.* OBSERV. LAUTERB. *Obſ. 500.* Plane ſi res noſtra, certo reſpectu, etiam ſit aliena, emtio ſuo modo valet *l. 16. §. 1. l. 17. 18. 34. §. 4. l. 61. de C. E. V. l. 4. C. eod. l. 31. 98. de V. O. l. 25. de V. S.*

§. 14. Pro re emtor ſolvere debet *pretium v. l. 72. pr. de C. E. V. l. 16. §. fin. de pignor. l. 21. C. de jur. dot.* Hoc debet conſiſtere (1.) in *pecunia numerata l. 1. §. 1. de C. E. V. l. 9. C. eod. l. 24. §. 1. de pign. action.* quodſi cum pretio alia res promittatur, tum eſt negotium mixtum, nec laborandum eſt hodie, cum interpretibus, ut vel ad emtionem vel permutationem illud reducatur *v.* LAUTERB. *C. J. de C. E. V. tit. O. a. n. 1.* nam permutationis & emtionis jura, hodie ſunt æqualia.

§. 15. Porro debet eſſe (2.) *verum l. 55. de C. E. V. l. 16. de R. J. l. 54. de O. & A.* ſi minus juſto ſit, oritur emtio donatione temperata *l. 38. de C. E. V.* ſi nullum plane interveniat, ſub ſpecie emtionis, celebratur donatio, quæ hodie non tantum valet, ſi res ſit tradita *v. l. 36. ff.*

l. 3. 9.

l. 3. 9. C. de C. E. V. sed & si tradita non sit, adeo ut condictione ex lege vel moribus, recte illa exigatur *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 502.*

§. 16. Non minus etiam debet esse (3.) *certum v. §. 1. I. de Emt. vend. l. 35. §. 1. de C. E. V.* nam alias consensus, hic necessarius, nondum adest *v. l. 16. §. f. de pignor.* incertum tamen augmentum accedere potest *l. 7. §. fin. de C. E. V.* Definitur autem pretium plerumque puro contrahentium consensu, poterit definitio quoque per relationem fieri *v. l. 6. de R. C.* dum vel ad determinationem Magistratus, vel praecedentis contractus, vel ad quantitatem, alicubi existentem, partes se referunt *v. l. 7. §. 1. l. 37. de C. E. V.* quodsi relatio respiciat tempus futurum v. gr. *vendo eo pretio, quo, illo die, in foro vendetur,* tum est emtio conditionalis, quae, deficiente conditione, deficit.

§. 17. In arbitrium unius, ex contrahentibus, pretii determinatio conferri nequit *l. 35. §. 1. l. 7. pr. ff. l. 13. C. de C. E. V.* quanquam ea, quae ad accidentia contractuum pertinent, contrahentis alicujus arbitrio subjici possint *l. 7. de C. E. V. l. 24. locat. l. 6. pro soc.* Videtur tamen illa dispositio, saltem positiva esse, hinc inter eos, qui legibus civilibus non subsunt, haut obtinebit. Si in arbitrium tertii incerti definitio pretii conferatur, emtio nulla est *l. 25. locat. l. fin. C. de C. E. V.* quod itidem est mere positivum, nec ubique obtinet *v.* VINN. *ad §. 1. I. de emt. vendit. in fin.*

§. 18. Quodsi arbitrio hominis certi, pretii determinatio committatur, tum emtio conditionalis est, si igitur tertius ille vel nolit vel nequeat pretium definire, venditio corruit, nec recurritur ad arbitrium boni viri *l. fin. C. de C. E. V. l. 75. pro soc. l. 43. de V. O.* quae sanctio mere positiva est, nec in ultimis voluntatibus observatur *l. 3. §. 1. C. comm. de legat. v. l. 12. de R. J.* si vero pretium inique definiat, judex aestimationem emendat *l. 76. seqq. pro soc. l. 30. de oper. libert.* licet laesio dimidium non excedat, nam specialis illa *l. 2. C. de rescind. vend.* sanctio, videtur referenda ad emtionem plane absolutam, sed perficienda, ex mero jure naturali, non immerito aestimatur. In genere putem, istam pretii definiendi rationem, quae per relationem fit, rarioris, in vita civili, esse usus.

§. 19. Denique pretium debet quoque esse (4.) *justum* i. e. rei ven-

vendendæ æquale, & hoc quidem simpliciter requiritur, si pretia rerum lege sint definita, si vero arbitrio contrahentium definienda sint, tum, in foro quidem conscientiæ, exacta etiam æqualitas est necessaria, adeo ut quævis inæqualitas, cujus alter est conscius, peccatum involvat *v. l. 49. §. 8. de legat. 1. l. 31. §. 4. de donat. inter V. & U. l. 7. §. 12. comm. divid.* sed in foro externo, uti, ob pretii incertitudinem, sæpe læsio probari nequit, ita probatæ etiam nulla haberi solet ratio *v. l. 16. §. 4. de minor. l. 22. §. fin. locat.* nisi sit enormis *l. 2. C. de rescind. vend.*

§. 20. Initur emtio vel *pure*, vel cum *adjectione diei, conditionis* aut *modi*. Dies adjicitur vel tanquam terminus à quo, vel ad quem *v. l. 82. §. 2. de C. E. V.* & vel consummationem differt, vel emtionem resolvit. Conditio resolutiva itidem contractum purum sua existentia destruit, si autem suspensiva adjiciatur, ea pendente, ipsa quoque emtio est in pendenti *v. l. 7. l. 41. de C. E. V. l. 43. §. 9. de ædilit. edict.* nec per pretii solutionem aut rei traditionem perficitur *l. 8. de peric. & commod. rei vend. l. 31. de A. R. D.* hinc dominium vel conditio usucapiendi in suspenso est *l. 4. de in diem addict. l. 2. §. 2. pro emt. l. 2. pro dot. l. 10. §. 5. de jur. dot. vid. l. 34. pr. in fin. l. 38. §. 1. de A. A. P.* OBSERV. LAUTERB. *Obs.* 506. 507.

§. 21. Quodsi conditio existat, tum emtio retro perficitur *v. l. 50. de C. E. V. l. 8. de peric. & comm. rei vend.* si autem deficiat, ejus perficiendæ spes perit ac totum negotium in nihilum resolvitur *l. 37. in f. de C. E. V. l. 8. de P. & C. rei vend.* Modus emtioni adjectus, eam non suspendit *l. 41. de C. E. V.* non impletus tamen, velut conditio resolutiva, illam resolvit, de quo generaliter prolixiusque actum *l. 2. c. 4. §. 18. seqq.*

§. 22. Emtione venditione perfecta, aliquando datur *arrha*, in signum conventionis initæ, quæ tamen nonnunquam etiam contractum antecedit, dum pactum de emendo vendendo comitatur *l. 17. C. de fid. instrum. pr. I. de E. V.* Porro, emtione inita, utriusque contrahentis officium est, id, quod promissum est, præstare, de quo *capite sequenti* agemus. Denique de periculo rei venditæ, ad quem illud pertineat, non raro quæritur, de quo sic breviter dicendum.

§. 23. Emtione perfecta, i. e. pure conclusa, periculum superveni-

veniens casuale, ut & commodum, ad emtorem pertinet, habet enim potius jus, ac dominium, quod venditori adhuc asseritur, est saltem precarium ac nullius effectus *l. 7. 8. 11. de peric. & comm. rei vend. l. 1. 4. 5. 6. C. eod. l. 35. §. 4. de C. E. V. l. 11. §. 9. 10. quod vi & clam. l. 8. de evict. l. 13. §. 18. de A. E. V.* hinc venditor pretium retinet vel exigit, perinde ac si rem tradidisset *l. 6. C. de per. & comm. rei vend. l. 5. §. fin. de rescind. vendit.* CARPZ. *p. 2. C. 26. D. 20.* Quodsi tamen damnum, à facto tertii, dependeat, tum venditor, contra hunc, actiones emtori cedere debet *l. 35. §. 4. de C. E. V. l. 14. 80. de furt.* sed istis ambagibus hodie opus non videtur, verum emtor suo jure contra tertium agere poterit *v.* OBSERV. LAUTERB. *558. 559. 560. 561.*

§. 24. Multo magis damnum ad emtorem pertinet, si rem multis casibus obnoxiam, v. gr. fructus immaturos aut pendentes, emerit *v. l. 78. §. fin. de C. E. V.* Quodsi vero venditoris (1.) dolus vel culpa *v. l. 35. §. 4. de C. E. V. l. 36. de A. E. V. l. 3. 5. 12. 15. 17. de peric. & com. rei vend. l. 33. locat.* CARPZ. *p. 2. C. 26. D. 24.* aut (2.) mora efficax *l. 4. 6. C. de peric. & comm. rei vend.* CARPZ. *d. l. D. 25.* intercesserit *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 560.* vel is (3.) pacto periculum in se receperit *l. 78. §. f. de C. E. V. l. 1. de peric. & comm. rei vend.* tum dubio procul damnum ad ipsum pertinet. Idem dicendum, si (4.) res ex præcedente vitio perierit *l. 1. 6. C. de peric. & comm. rei vend.* aut (5.) in venditione alternativa, una saltem res sublata sit *l. 34. §. 6. de C. E. V.*

§. 25. Si emtio sit imperfecta, tum regulariter periculum est venditoris, velut domini; Est autem, quoad periculum, imperfecta, quæ sub conditione expressa vel tacita initur, hinc damnum ad venditorem pertinet (1.) quod, adjecta conditione, ante hujus existentiam, toti rei accidit *l. 10. §. 8. de jur. dot. l. 8. de peric. & comm. rei vend. l. 5. C. eod.* particulare vero damnum, conditione secuta, sequitur emtorem *d. l. 8. de peric. & comm. rei vend.* CARPZ. *p. 2. C. 26. D. 21. 2?.* In specie igitur illa obtinent, si (2.) emtio in scriptis celebretur, & ante hujus confectionem, damnum eveniat *l. 4. C. de peric. & comm. rei vend. pr. I. de E. V. l. 17. C. de fid. instrum.* & putem hoc casu, particulare etiam damnum, venditoris esse futurum, emtor enim non facile consentiet, ut conditio, ab ejus arbitrio quoque dependens, post damnum eveniens, impleatur.

§. 26. In specie circa res, quæ ad mensuram, pondus, gustum ac numerum vendi solent, tacitæ conditiones intercedere solent, hinc modus contrahendi probe attendi debet. Equidem si (1.) *per aversionem*, res illæ emantur, tum emtio, consensu pure dato, perfecta est, ac periculum ad emtorem pertinet *v. l. 1. pr. de peric. & comm. rei vend.* si vero (2.) ad *mensuram vel pondus* emtio facta, tum, antequam admensio vel appensio accesserit, illa imperfecta est, & periculum spectat ad venditorem *l. 34. §. 5. l. 35. §. 5. seqq. l. 40. §. 2. de C. E. V. l. 1. §. 1. l. 5. l. 10. §. 1. de peric. & comm. rei vend. l. 2. C. eod.* CARPZ. *p. 2. C. 26. D. 23.* si tamen emtor sit in mora, casus ad ipsum pertinet *v. l. 1. §. 3. seqq. l. 2. §. 1. l. 4. §. f. de peric. & comm. rei vend.*

§. 27. Si (3.) ad *gustum* res sit vendita, quod quidem regulariter fieri solet, in rebus quæ sine degustatione non emuntur *l. 4. §. 1. de peric. & comm. rei vend.* tum emtio itidem est conditionalis, adeoque periculum ad venditorem, ante degustationem, pertinet *d. l. 4. §. 1.* add. *l. 1. §. 2. l. 4. pr. l. 15. eod.* imo cum conditio, ab arbitrio emtoris, dependeat, ideo post degustationem, etiam emtio improbari potest *l. 34. §. 5. de C. E. V.* si enim res non sapiat, censetur conditio defecisse. Cæterum raro forsitan, sub conditione degustandi, emtio initur, sed degustatio potius ad præparatoria pertinet, &, quamdiu illa nondum intercessit, res, in terminis nudi tractatus, consistit, quo casu eo minns dubitandum est, quin periculum ad venditorem spectet. Quodsi degustatio, sed nondum admensio facta sit, periculum qualitatis, ad emtorem, sed quantitatis, ad venditorem pertinet. *v. l. 4. de peric. & comm. rei vend.*

§. 28. Denique si res (4.) ad *numerum*, vel *individua*, sit vendita, periculum quoque, ante traditionem, sustinet venditor *l. 14. §. 1. de peric. & comm. rei vend. arg. l. 11. C. si cert. petat.* hinc si v. gr. decem oves, è grege, venditæ fuerint, &, ante traditionem, universus grex perierit, periculum est venditoris, quod secus est in obligatione alternativa, ubi, utraque re sublata, damnum quoque est emtoris *l. 34. §. 6. de C. E. V.* nam hoc casu, de certis rebus, sine conditione ad numerationis, conventio est inita *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 563. 564. 565.* Quodsi autem in emtione, ad numerum facta, certæ species signatæ sint, ista signatio pro traditione habetur, & periculum in emtorem

rans-

transfert *l. 14. §. 1. de peric. & comm. rei vend.* quod in rebus, ad mensuram vel gustum emi solitis, secus est *l. 1. §. 2. eod. conf.* LAUTERB. *C. J. de peric. & comm. rei vend.*

§. 29. Hactenus dicta pertinent ad casum rei propriæ venditæ: Si vero res aliena sit vendita, ac de ejus qualitate nunc satis constet, ejus periculum, ad dominum spectare putem, si mala fides venditoris aut emtoris aliaque culpa non interveniat, nam res perit suo domino: Cujus rei is erit effectus, ut emtor pretium solvere non debeat, vel solutam repetere possit, nihilque interesse videtur, ante an post traditionem, emtori factam, res perierit. Quodsi vero venditoris, aut emtoris, vel utriusque aliqua subsit culpa, tum, illos ad damni restitutionem teneri, ex generalibus æquitatis principiis patet.

§. 30. Venditio perfecta rescinditur (1.) *mutuo dissensu*, & nihil refert, sive res adhuc sit integra, sive ab uno, aut ab utroque promissio impleta, nam omni casu, consensus serio datus, efficax est, hinc sollicitudo Romana, qua ad rem integram, mutuus dissensus restringitur *l. 3. 5. §. fin. de rescind. vend. l. 7. §. 6. l. 58. de pact. l. 1. 2. C. quand. lic. ab emt. reced. §. fin. I. quib. mod. toll. oblig.* hodie cessat, licet verum sit, quod, re non amplius integra, consensus non sit mere liberatorius, sed etiam obligatorius. Quodsi uni contrahentium obligatio remittatur totus contractus regulariter sublatus censetur *l. 1. 5. de rescind. vend. v. l. 56. de pact.*

§. 31. Aliquando emtionis perfectio ab initio impeditur. Eo pertinet (2.) *dolus*, qui, si causam dedit contractui, eum facit, volente læso, plane nullum *l. 5. C. de rescind. vend. l. 7. de dol. l. 16. §. 1. de minor.* si vero in eum incidat, tum læso regulariter saltem competit jus ad interesse *l. 13. §. 4. 5. de A. E. V.* CARPZ. *p. 2. C. 34. D. 9.* (3.) *vis injusta*, ob hanc læsus à contractu etiam recedere potest, & nihil hodie refert, sive eum ipso jure nullum, sive rescindendum dicas *v. l. 2. c. 4. §. 45. seqq. add.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 510.*

§. 32. Porro eo pertinet (4.) *Error v. l. 15. de jurisd. l. 2. pr. de jud. l. 57. de O. & A. l. 116. §. 2. de R. J.* distingvendum autem est inter errorem *concomitantem*, qui nullius effectus est, cum consensum necessarium non excludat, & *efficacem*, hic, si involuntarius sit, quod regulariter dicendum, contractum facit vel plane nullũ, vel minimum læso dat jus

ad intereſſe, prout ſcilicet id, in quo erratum eſt, errans principaliter aut minus principaliter reſpexit *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obſ.511.*

§. 33. Ex his ſpeciales quæſtiones facile explicantur. Error circa contractum, efficax eſt, ac facit, ut emtio haud contrahatur *l.9.de C.E.V.* dominii tamen translationem, talis error non ſemper impedit *vid.* OBSERV. LAUTERB. *Obſ.512.* Sic circa perſonam, vel cauſam impellentem erretur, error concomitans regulariter eſt, nec emtioni officit *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obſ.513.* multo minus ergo error, circa qualitatem perſonæ, nocebit v. gr. ſi venditorem, Italum putes cum eſſet Gallus; quodſi vero perſona ad contrahendum ſit inhabilis, tum non error, ſed ipſa qualitas, illo licet remoto, emtioni obeſt *l.2. §. 16. pro emtor.* Errorem in nomine eſſe quoque innoxium, facile patet, modo is nullam, quoad ipſam rem, involvat incertitudinem *l.9. §.1. de C.E.V. v. l.80. de jud. l.5. §. 4. de R.V. l. 4. de Legat. 1. l.17. de condit. & demon. l.32. de V.O.*

§. 34. Si circa pretium erretur, ita ut venditor majus, emtor minus intelligat, error quoque efficax eſt, ac impedit contractum *l.9. pr. de C.E.V.* ſi emtor majus intelligat, minori pretio emtio concluſa eſt *l.52. locat.* in negotiis gratuitis, error quoad pretium, indiſtincte innocuus eſt *l.1. §.4. de V.O.* Quodſi error circa corpus *l.9. pr. de C.E.V.* vel circa materiæ ſubſtantiam, aut maximam ejus partem interveniat *l.9. §. 2. l.10. 14. 41. §.1. eod.* emtio etiam non valebit, adeo ut læſus ab ea diſcedere poſſit, illo tamen & iſto caſu, Romani condictionem indebiti, hoc vero actionem ex contractu læſo tribuere videntur *v. l.41. § 1. l. 23. 24. 45. 62. §. 1. de C.E.V.* quarum ſubtilitatum nullus, ut puto, eſt uſus.

§. 35. Si circa rei qualitates erretur, tum emtio valida pronunciatur, ac erranti ſaltem jus aſſeritur, ut vel læſionis emendationem, vel aliquando intereſſe exigat *l. 45. de C.E.V. l. 21. §.2. de A.E.V.* licet vero iſti doctrinæ haud obſit *l. 16. de C.E.V.* cum in ea, non error, ſed ipſa rei qualitas, emtionem vitiet, attamen illa univerſaliter non eſt admittenda, ſed dicendum potius, quod error qualitati, emtionem quoque nullam reddat, ſi emtor illam præcipue reſpexerit *v. l. 11. §.5. de A.E.V. l. 11. §.1. de C.E.V.* OBSERV. LAUTERB. *Obſ.514.*

§. 36. Error circa acceſſoria, emtionem non vitiat, cum conſen-
ſum

ſum neceſſarium nec attingat, nec imminuat *l.34. pr. de C.E.V.* ac debetur illud, de quo venditor ſenſit *d. l. 34.* quod tamen ſaltem verum eſt eo caſu, quo emtor legem contractui dixit; aſt ſi, vice verſa, venditor conventioni anſam dederit, tum contra ipſum ſit interpretatio *l. 39. de pact. v.* OBSERV. LAUTERB. *Obſ.* 515. 517.

§. 37. Impeditur quoque emtio (5.) *ſimulatione*, quando vel nihil omnino agitur *v. l. 55. de C.E.V. l.16. de R.J. l.30. de R.N. l. 21. C. de transact. l. 6. C. ſi cert. petat.* vel ſub emtionis ſpecie aliud negotium geritur *v. l. 36. 38. ff. l. 3. 9. C. de C. E. V.* quod eum habet effectum, quem haberet, ſi aperte initum fuiſſet: Quodſi autem non ſimulatio voluntaria interceſſerit, ſed potius dolo alterius, alius plane contractus ſit ſubſtitutus, tum hic non valet *l. fin. C. plus valer. quod agit. vid.* OBSERV. LAUTERB. *Obſ.* 516. De cætero ſimulatio ab allegante probanda eſt *v.* CARPZ. *p.2. C.1. D.2.* &, ſi in continenti probari queat, exceptio ſimulationis, etiam inſtrumento grarentigiato poteſt opponi CARPZ. *Pr. tit. 22. art. 3. n. 26.* fruſtra diſſentiente FINCKELTHUSIO *Obſ. 119. n. 16.*

§. 38. Denique emtionem quoque impedit (6.) *Obſcuritas*, ſi non conſtet, quid actum ſit, neque tamen obſcuritati ſtatim cedendum, ſed tentandum potius eſt, annon per conjecturas probabiles, contrahentium ſententia poſſit erui. Hinc verba *l. 7. §. 2. de ſupell. legat. l. 66. de Legat. 3. l. 126. §. 2. in fin. de V. O.* natura negotii *l. 4. pr. de uſur.* conſvetudo loci vel perſonæ *l. 34. de R. J. l. 6. de evict.* ſimilesque circumſtantiæ, ſpectandæ ſunt, atque inde, quid actum ſit, oſtendendum eſt *v. l. fin. C. quæ res pign. oblig. l. 6. §. 1. l. 33. de C. E.V.* In dubio interpretatio eſt facienda contra illum, qui legem contractui dixit *l. 39. de pact. l. 21. 33. de C. E. V. l. 172. de R. J. l. 38. §. 18. l. 99. de V.O.* de quibus interpretandi regulis ſupra *l. 1. c. 17.* plenius actum eſt.

§. 39. Ex his conſtare poteſt, quod, circa emtionem venditionem, occurrant *ſubſtantialia*, quæ ad perfectionem hujus contractus neceſſario requiruntur, qualia ſunt conſenſus, pretium, merx &, quæ ex hac oritur, evictionis præſtatio *v. l. 72. de C. E. V.* vel *accidentalia*, quæ, ſalvo contractu, abeſſe poſſunt, hæc ſunt vel *talia in ſpecie*, quæ modo adſunt, modo abſunt, ut conditio, modus ſimiliaque, vel *naturalia*,

quæ regulariter emtionem comitantur, ut scriptura *v. l. 31. §. 20. de ædilit. edict. add.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 504.* Atque ista partium distinctio, in omnibus contractibus, occurrit *add.* LAUTERB. *C. J. de C. E. V.*

CAPUT III.
DE ACTIONIBUS EMTI ET VENDITI.

SUMMARIA.

§. I.



Emtione venditione perfecta uterque contrahentium id, quod promissum est, præstare *v. cap. præc. §. 22.* ac insuper damnum voluntarium resarcire cogitur, quæ officia naturalia sunt, ac plures præstationes speciales sub se complectuntur *add.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 566.* Inviti actionibus, in foro civili, ad

ad implendas obligationes, adiguntur, harum ergo consideratio, illa emtorum venditorumque officia, in se continet.

§. 2. Actio emti *v. l. 13. §. 25. de A. E. V.* est *actio personalis, competens emtori & hæredibus, adversus venditorem & hæredes, ad rem venditam tradendam, & omne id, quod ex hoc contractu idem debet, præstandum v. l. 1. pr. §. 1. de A. E. V.* Est rei persecutoria *§. 17. I. de action.* pro re quoque habetur pœna conventionalis *l. 47. de A. E. V.* & perpetua *l. 21. C. de evict. l. 5. C. quib. non objic. long. temp. præscript.* Distingvitur in *directam* & *utilem l. 13. §. 25. de A. E. V.* quæ divisio hodie non necessaria.

§. 3. Jus agendi statim adest contractu perfecto, cum effectu tamen emtor agere nequit, nisi pretium integrum solverit aut obtulerit *l. 13. §. 8. de A. E. V.* vel venditori alio modo satisfecerit *l. 5. §. 18. de tribut. action. l. 53. de C. E. V.* aut hic fidem de pretio habuerit *§. 41. I. de R. D. l. 19. de C. E. V.* quod etiam factum censetur, tempore, licet brevi, solutioni præstituto *l. 3. C. de pact. inter emtor. & vend.* non etiam re simpliciter tradita *d. l. 19. de C. E. V. v.* MOLLER *l. 4. Semest. c. 28.* ZOES. *ad ff. de A. E. V. n. 7.* Quodsi nihil horum intervenerit, venditor conventus rem, velut pignus, retinet, ac exceptionem pretii non soluti, in ipsa etiam executione, opponit, imo judex, ex officio, eam supplere potest *v.* LAUTERB. *C. J. de A. E. V. lit. N.*

§. 4. Competit actio emti, emtori & hæredibus *l. 10. 11. pr. de A. E. V.* adversus venditorem & hæredes *l. 47. 52. §. 1. de A. E. V. l. 49. de O. & A.* sed non contra tertium possessorem *l. 15. C. de R. V.* Quodsi per procuratorem contractus celebratus sit, tum domino vel adversus dominum, utilis actio datur *l. 13. §. 25. de A. E. V.* quod secus est, si nuncius saltem intervenerit, tum enim directa actio locum habet *l. 14. §. f. l. 15. de constit. pecun.* sed harum tricarum nulla hodie est necessitas: dominus agere & conveniri poterit, modo probetur, quod, ejus nomine, contractus sit initus. *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 567.*

§. 5. Petitur hac actione res vendita, quam etiam venditor præcise præstare tenetur, hoc enim & æquitas & lex civilis exigit *§. 1. I. de emt. vendit. §. 2. I. de donat. l. 11. §. 2. l. 46. de A. E. V. l. 6. C. de rescind. vendit. v.* CARPZ. *p. 2. C. 1. D. 15.* qui dissentiunt, præjudiciis, ex jure Romano male formatis, laborant. Quodsi autem venditor in mora

sit,

ſit, adeo ut emtoris amplius non interſit, rem præſtari, vel ille etiam rei tradendæ facultatem, ſua culpa, plane amiſerit, tum intereſſe petit emtor *l. 1. 11. §. 9. l. 12. ff. l. 4. 10. C. de A. E. V. l. 17. C. de fid. inſtrum.* quod quidem omne verum damnum, vel lucrum interceptum, ſub ſe continet *l. 21. §. 3. de A. E. V. v.* OBSERV. LAUTERB. *Obſ. 568.*

§. 6. Sed traditio rei plures ſpeciales præſtationes ſub ſe continet. Tradenta igitur res eſt ita, ut ſit vacua à poſſeſſore civili *l. 8. pr. l. 11. §. 13. de A. E. V.* quod ſecus eſt, ſi rei vindicatio vendatur, nam tum emtor poſſeſſorem per hanc expellere debet *l. 16. de fund. dotal.* porro res etiam libera eſſe debet ab alio poſſeſſore naturali *l. 1. §. 1. l. 2. §. 1. l. 3. pr. §. 1. l. 8. §. 1. de A. E. V.* ſi hoc actum ſit, quod quidem regulariter dicendum.

§. 7. Transfertur autem per traditionem, dominium non quidem præciſe *verum* ſed *præſumtum l. 25. §. 1. de C. E. V. l. 11. §. 2. l. 30. §. f. de A. E. V.* adeoque emtor ſaltem, in *conditione uſucapiendi*, nonnunquam conſtituitur, ac venditorem, *evictionis nomine*, habet obligatum *l. 11. §. 8. 18. de A. E. V. l. 66. de C. E. V.* Sufficit etiam, ſi rerum fungibilium dominium præſumtive transferatur, licet vulgo aliter ſentiant *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obſ. 576.* Aliquando ad transferendum dominium requiritur judicialis reſignatio, ut in Saxonia, quoad immobilia *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obſ. 569.*

§. 8. Quod autem venditor tradens transferat dominium, id ſolum eo caſu verum eſt, quando vel pretium ei ſolutum, vel ipſe fidem de eo habuit, nam ſi neutrum horum intervenerit, traditio dominium non transfert *§. 41. I. de R. D. l. 19. de C. E. V.* quod vulgo quidem hic *ſingulare* credunt *v.* LAUTERB. *C. J. de A. E. V. lit. N.* ſed revera id ſingulare non eſt, verum in omnibus contractibus bilateralibus, dominii translativis obtinet *v. c. 1. §. 5. h.* Aliquando tamen fide licet de pretio habita, dominium in emtorem non tranſit, ſi ſcilicet doloſe contraxerit CARPZ. *p. 2. C. 28. D. 17. 18. 19.*

§. 9. Debet etiam res tradi, cum omnibus ſuis requiſitis; quodſi adeo, in nonnullis, error vel ſimplex, vel alterius dolo elicitus, intervenerit, tum vel à contractu diſceditur, vel læſionis emendatio exigitur, de quo actum *cap. præc. §. 31. ſeqq.* In ſpecie error obrepere poteſt, circa ſervorum vel jumentorum ſanitatem, cujus læſionis emendandæ

cura,

cura, apud Romanos, ad Ædiles, pertinebat, non minus quoque circa pretium errari, atque ita læsio oriri potest, de utraque illa læsione alibi dispiciemus.

§. 10. Inprimis res libera tradenda est (1.) à *servitutibus l. 15. §. 1. l. 75. de evict. l. 61. de ædilit. edict.* interest autem, utrum *venditor rem liberam dixerit*, hoc casu indistincte ad interesse tenetur, si talis non sit *v. l. 90. 169. de V. S. l. 35. de A. E. V. l. pen. de evict.* an vero *nihil dixerit*, tum rursus videndum, utrum *venditor sciens, emtorem ignorantem onus celaverit*, & ad interesse præstandum etiam obligatur *l. 1. §. 1. l. 13. pr. l. 39. de A. E. V.* an *ipse quoque servitutem ignoraverit*, hoc casu saltem præstat, quanti minoris emtor, si onus ei cognitum fuisset, emisset *l. 13. de A. E. V. l. 61. de ædilit. edict. l. 15. §. 1. de evict.* nisi pacto sibi prospexerit *l. 1. §. 1. de A. E. V. l. 10. 11. de H. vel A. vend.* vel etiam servitutes usitatæ sint *l. 59. de C. E. V. l. pen. de evict.* nam tum ad nihil tenetur, quemadmodum etiam, in negotiis gratuitis, obligatio cessat *l. 69. §. 3. de Legat. 1.*

§. 11. Tradi quoque debet libera (2.) à *pensitatione*, alias eodem modo venditor obligatur, sicut in casu præcedente. Si igitur liberam dixerit, vel emtorem ignorantem onus celaverit, ad interesse tenetur, illo casu, ex pacto, hoc, ex dolo *l. 13. pr. §. 6. l. 21. §. 1. de A. E. V.* si vero onus ignoraverit, condemnatur saltem quanti minoris emtor emisset *l. 41. ff. l. 9. C. de A. E. V.* eodem modo quoque obligatur, si non reticuit onus, sed oneris saltem quantitatem *d. l. 9.*

§. 12. Quodsi post venditionem nova onera imponantur, illorum nomine venditorem non teneri, manifestum est *v. l. 11. pr. de evict.* CARPZ. *p. 2. C. 34. D. 19.* quemadmodum etiam ille non tenetur de antiquis sed usitatis, licet libertatem rei amplissime promiserit CARPZ. *d. l. D. 20. l. 4. Resp. 79.* imo venditor ne quidem pacto expresso tributa recipere potest, hoc enim tam ratione fisci, quam contrahentium nullum est *l. 2. 3. C. sine cens. & reliq. l. 42. de pact.* licet in contrariam partem pronunciatum sit apud CARPZ. *p. 2. C. 31. D. 21. v. Decis. Saxon. 65.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 571.* Præterita etiam tributa ab emtore fiscus recte exigit, qui tamen eadem à venditore repetit, nisi aliud actum *l. 7. de public. & vect.*

§. 13. Non minus etiam (3.) à *pignoris nexu*, res debet esse libera.

Si secus sit, emtio quidem non est nulla, nec etiam rescinditur, nam in re principali consensum est, ac pignoris onus temporarium facile tolli potest *v.* CARPZ. *p. 2. C. 34. D. 21.* attamen emtori eo nomine satisfieri debet, id quod, ex regulis æquitatis, pro diverso pignoris statu, judicandum est.

§. 14. Quodsi igitur pignus sit valde *dubium* & *incertum*, tum venditor officio suo satisfacit, si rem simpliciter tradat, ac emtor pretium debet solvere, vel solutum non potest repetere, nec aliud à venditore exigere, quo pertinet *l. 3. C. de evict.* si vero pignus sit *certum* & *evidens*, tum venditor ab illo onere liberare rem debet, alias, si pretium exigat, objicitur ei exceptio doli *l. 5. C. de evict.* vel compensationis, si ipse emtor eam liberaverit *l. 10. C. de Compens.* quodsi pretium jam solutum sit, tum emtor agit, ut venditor rem liberet *l. 52. §. 1. de A. E. V.* CARPZ. *p. 2. C 34. D. 21.* vel pecuniam, qua liberata est, emtori reddat, ac insuper, si rem liberam dixerit, vel sciens obligatam ignoranti vendiderit, interesse præstet *l. 113. §. fin. de V. O. l. 6. §. f. l. 30. §. f. de A. E. V.* quo casu etiam, ob scientiam, in stellionatum incidit *l. 3. §. 1. de crim. stellion.*

§. 15. Tradi quoque res debet cum *accessionibus* sive *pertinentiis*, quæ tempore contractus adfuerunt. Pertinentiæ autem censentur esse, quæ ad perpetuum rei venditæ usum destinata, & in illa collocata sunt *v. l. 17. §. 7. de A. E. V. l. 242. §. f. de V. S. l. 69. de C. E. V.* quæ destinatio, ex insertione & inclusione *l. 17. §. 3. l. 38. §. 2. de A. E. V.* infossione *l. 18. eod.* affixione *l. 12. §. 23. l. 21. de instruct. & instrum. leg.* ac ex lege vel consvetudine, nec non voluntate Patrisfamilias *v. l. 24. §. 2. de Legat. 1. l. 60. de V. S.* in actum deducta *l. 17. §. 5. 10. 11. l. 18. §. 1. de A. E. V. l. 12. §. 25. de instr. & instrum. leg. l. 242. §. f. de V. S.* colligitur; Debentur autem pertinentiæ, licet earum in contractu non sit facta mentio CARPZ. *p. 2. C. 33. D. 20.*

§. 16. Pro diversitate autem rerum venditarum, diversæ quoque pertinentiæ occurrunt. Sic, ædibus venditis, debentur seræ, claustra *l. 17. pr. de A. E. V.* specularia *l. 12. §. 25. de instrum. legat.* similiaque *v. l. 13. §. fin. l. 14. 15. 17. pr. §. 3. 7. 8. 9. l. 18. l. 38. §. 2. de A. E. V. l. 40. §. f. l. 47. 48. 49. de C. E. V. l. 242. §. 2. 4. l. 245. de V. S.* Hortus ædibus contiguus, vel illarum gratia comparatus *l. 91. §. 5. de Legat. 3.* Diver-

versorio vendito, mobilia ad illud instruendum adhiberi solita, præstari debent. Diversorium tamen non ex solo usu æstimandum est, cum ille,pro arbitrio dominorum,sit valde mutabilis,sed tum demum pro tali haberi debet, si expresse hoc dictum sit, hinc non improbabilis est sententia CARPZOVII *p. 3. C. 24. D. 10.* in successione ab intestato, mobilia ab ædibus, pro diversorio hactenus habitis, separanda esse, existimantis.

§. 17. Prædio vendito, cui jus patronatus, jurisdictio, servitutes similiaque jura adhærent, hæc quoque emtorem sequuntur *l. 12. comm. præd. l. 20. §. 1. de A. R. D. l. 66. §. 1. de C. E. V. l. 75. de evict. l. 99. 169. de V. S.* stramenta etiam & sterculinium *l. 17. §. 2. de A. E. V.* CARPZ. *p. 2. C. 33. D. 19.* item inventarium *l. 12. §. 37. de instruct. vel instrum. leg. l. 7. C. de agric. & cens.* CARPZ. *5. Rsp. 26.* Stagno & vivario vendito, pisces, qui, propagationis causa, in illo habentur, ejusdem pars censentur adeoque ad emtorem pertinent.

§. 18. Non minus etiam tradendæ sunt accessiones, quæ, post contractum, rei venditæ accesserunt *l. 13. §. 13. 17. 18. de A. E. V.* & quas accessuras dixit venditor *l. 6. §. 6. l. 11. §. 17. l. 26. 27. eod. l. 33. de ædilit. edict.* Quodsi, facta venditione, venditor ante traditionem, thesaurum in re vendita inveniat, tum vulgo illi hunc adjudicant, ob dominium, quod adhuc ei superesse censetur, sed cum dominium illud sit saltem precarium, ideo potius secundum jura thesaurorum, in re aliena, repertorum, hic pronunciandum videtur *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 575.*

§. 19. Ea vero, quæ, in re vendita, ornatus aliusve usus, vel custodiæ gratia habentur, aut per se velut subsistunt, pertinentiarum rationem non habent, nec emtorem sequuntur *l. 17. §. 7. de A. E. V. l. 245. de V. S.* Igitur pharmacopolium, taberna mercatoria vel tonstrina non cedunt emtori ædium, in quibus illa fuerunt *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 573. add.* BERGER *in resolut. ad* LAUTERB. *C. J de A. E. V. qu. 10.* Equo vendito, ephippium aliaque regulariter venditori non debentur *v. l. 38. §. 11. de ædilit. edict.* CARPZ. *1. Rsp. 60.* BERGER *d. l.*

§. 20. Pisces, qui in stagno vel vivario, custodiæ causa, vel ut ibi crescant, habentur, ad illius emtorem non pertinent *vid.* OBSERV.

Lauterb. *Obſ. 574.* quemadmodum etiam pulli cæteraque animalia emtorem prædii non ſequuntur *l. 15. 16. de A. E. V.* Ruta cæſa *l. 17. §. 6. eod. l. 5. §. 2. ad exhib. l. 241. de V. S. l. 66. §. f. de C. E. V.* ligna *l. 17. §. 2. de A. E. V.* Pecunia in re vendita abſondita *l. 67. de R. V.* vaſa vinaria, torcularia *l. 17. pr. de A. E. V.* ſimiliaque utenſilia *d. l. 17. l. 245. de V. S.* penes venditorem quoque manent, niſi arctior conjunctio, ad pertinentiarum claſſem illa redigat *l. 17. §. 3. l. 7. 21. 26. de inſtruct. & inſtrum. leg. l. 3. §. 1. de trit. vin. oleo leg.* Carpz. *p. 2. C. 33. D. 20.* In dubio, affirmanti pertinens eſſe, incumbit probatio, ceu ex generalibus principiis facile intelligitur *v.* Klock *tom. 3. Conſ. 157. n. 44. ſeqq.*

§. 21. Inſtrumenta authentica, ad rem venditam unice pertinentia, emtori quoque tradenda ſunt, hoc enim, ex natura negotii manifeſte ſatis fluit *v. l. 26. C. de liberal. cauſ.* quodſi vero venditori aliquid juris, circa rem venditam, remaneat, tum ſatis eſt, ſi exempla det, & de originalibus, ubi opus fuerit, exhibendis, emtori quandoque caveat *v. l. 48. 52. de A. E. V. l. 4. §. 3. fam. erciſc. l. 24. C. de fideicomm.* Illa vero cauſa, quod venditor, evictionis nomine, ſit obligatus, retinendis inſtrumentis authenticis, ſufficere non videtur, licet vulgo ita putent *v.* Coler *p. 2. Dec. 224. n. 3.* Carpz. *p. 2. C. 33. D. 18.* Lauterb. *C. J. de A. E. V. lit. O. in fin.*

§. 22. Porro uti fructus percepti, penes venditorem manent, niſi aliud actum ſit *v. l. 2. in fin. C. de A. E. V. l. 65. §. f. de Legat. 3.* ita *pendentes*, cum ipſa re, emtori tradi debent *l. 13. 16. C. de A. E. V. l. 38. §. 8. de uſur. l. 13. §. 10. de A. E. V.* quodſi venditor, ante traditionem, eos perceperit, ſeorſim illos præſtare tenetur, licet moram in tradendo non commiſerit *l. 13. §. 18. ff. l. 16. C. de A. E. V.* poſt moram, de percipiendis quoque obligatur *l. 21. §. 3. de A. E. V. v.* Lauterb. *C. J. d. tit. lit. O.*

§. 23. Eadem eſt ratio fructuum civilium, nam & hi, quando ut pendentes conſiderari poſſunt, vel poſt venditionem percipiuntur, emtorem ſequuntur. Hinc merces rei venditæ, poſt venditionem à venditore locatæ, ad illum pertinet *l. 13. §. 13. de A. E. V.* Penſiones ædium locatarum, ſi emtor locationi ſtare velit, pro rata temporis, per quod, poſt venditionem, locatio adhuc continuanda eſt, eidem quoque præſtari debent, etiamſi forte venditori jam per anticipationem ſolutæ ſint *v. l. 26. de uſufr.* nam hactenus pro fructibus pendentibus habeatur, cum uſum ſecuturi temporis nondum perceperit inquilinus.

§. 24. Quodſi

§.24. Quodsi certis temporibus fructus percipiantur, ut in vineis aliisque prædiis rusticis, tum, si *ante vindemiam vel messem, res locata vendatur*, pensio sequitur emtorem; acciperet enim ille fructus naturales, si nulla esset locatio, ergo, hac facta, civiles in illorum locum surrogatos, quoque lucrari debet: Si vero *post vindemiæ vel messis tempus res vendita*, pensio manet penes venditorem, est enim fructus perceptus *l.58. de usufr. l.13. §.11. de A.E.V.* nisi, pensioni solvendæ, *certus sit præstitutus dies, & ante hujus lapsum venditio celebrata*, nam tum sequitur emtorem *l.fin. de jur.fisc.* quia hoc casu non ex perceptione fructuum naturalium, sed die, per conventionem statuto, pensio æstimari, adeoque pro fructu pendente haberi debet *v.* OBSERV. LAUTERB. *Observ.572.*

§.25. Ita juris est in fructibus civilibus, in naturalium locum *surrogatis:* Quodsi autem *principales* sint, qui, ex rebus alienis, separatim percipiuntur, ut sunt census, decimæ similesque reditus, tum, seposita conventione speciali, eorum acquisitio unice ex *die, eorum solutioni, præstituto*, æstimari debet, ea ratione, ut venditione, post diem cedentem, facta, fructus illi maneant penes venditorem, ante illius lapsum vero suscepta, emtorem sequantur, illo enim casu, sunt fructus percepti, hoc autem, pendentes.

§. 26. Hactenus enumeratas præstationes, juxta consvetam contractus hujus indolem, facere debet venditor. Præterea, ex pacto, nonnunquam ad alia quoque tenetur, dolum etiam & culpam, pro ratione circumstantiarum, diversam, præstare debet *l.35. §.4. l.68. de C.E.V. l.36. de A.E.V. l.5. 17. de peric. & comm. rei vend.* Aliquando etiam, ad dissolutionem contractus agitur *l. 11. §.5. l. 13. §. 27. de A. E. V.*

§. 27. Actio venditi *v. l.13. §. 25. de A. E. V.* est *actio personalis competens venditori & hæredibus, adversus emtorem & hæredes, ad pretium ac alia, quæ ipsis debentur, consequenda l. 13. §. 19. ff. l. 1. C. de A. E. V.* Est rei persecutoria & perpetua, ac in *directam* & *utilem* discernitur, cujus distinctionis, ut alibi, ita nec hic, aliquis est usus *v. §. 2. h.*

§. 28. Oritur hæc actio, emtione perfecta *§. 1. I. de E.V.* cum effectu vero demum institui potest, si venditor rem venditam tradiderit

l. 25. de A.E.V. l. 34. de ædilit. edict. l. 5. C. de evict. vel hæc casu perierit *l. 5. §. fin. de rescind. vendit. l. fin. C. de peric. & comm. rei vend.* aut venditor minimum rem tradere paratus sit, nam hoc utique sufficere videtur, cum emtoris sit, primum implere contractum, nam ejus celebrandi regulariter autor est. Quodsi nihil horum factum sit, tum obstat venditori exceptio non impleti contractus *l. 25. de A.E.V. l. 5. §. 4. de dol. mal. except.* qui adeo implementum probare debet *v.* CARPZ. *p. 1. C. 10. D. 18.* PISTOR. *l. 1. qu. 22.*

§. 29. Si res aliena tradita sit à sciente, emtor, eam reddendo, à contractu discedere potest *l. 11. §. 5. l. 30. §. f. de A. E. V. j. l. 1. §. 4. de superfic.* si vero ab ignorante, tum, periculo evictionis imminente, emtor venditorem tamdiu exceptione repellit, donec ipsi de evictione satisdatum sit *l. 18. §. 1. de peric. & comm. rei vend. l. fin. §. 2. de dol. except. l. 24. C. de evict.* imo, si periculum evictionis nimis sit evidens, à contractu plane abire potest *v. l. 66. §. 1. ad SCt. Trebell.* Si autem evictio non immineat, exceptio rei alienæ emtorem non juvat, sed pretium ille solvere cogitur *l. 3. C. de evict. vid.* CARPZ. *p. 2. C. 34. D. 31. seqq.*

§. 30. Datur hæc actio venditori & hæredibus *l. 13. §. 19. l. 10. in f. de A.E.V.* adversus emtorem & hæredes *l. 1. C. de A. E. V. l. 2. C. de pact. inter emtor. & vend. v. §. 4. h.* ad pretium consequendum *v. l. 13. §. 20. ff. l. 2. C. de A. E. V. l. 2. §. 1. in fin. de R. C.* Satisfacit autem emtor suo officio, si nummorum dominium præsumtive in venditorem transferat *v.* OBSERVAT. LAUTERB. *Obs. 578.* si autem appareat, nummos alienos esse solutos, emtor non liberatur *l. 7. C. de A.E.V.* ac dominus exstantes vindicat *l. 11. §. f. de R. C.* Quodsi à venditore consumti sint, dominus eo nomine emtorem convenire debet, rem emtam vero vindicare nequit *l. 6. C. de R. V. l. 1. 8. 9. C. si quis alteri vel sibi* nisi certis in casibus *l. 2. quand. ex fact. tutor. l. 8. C. de R. V.*

§. 31. Aliquando etiam competit actio ad usuras, non quidem secundum quantitatem fructuum, sed ex more regionis ubi contractum est, sive, juxta legis civilis definitionem, solvendas *l. 1. 37. de usur.* nam prior æstimandi modus nimis lubricus, ac fraudibus quoque obnoxius videtur, ut merito leges civiles alium surrogarint. In Germania igitur regu-

regulariter quincunces usuræ solvendæ sunt Reform. Polit. *1530. tit. 26. 1548. tit. 17.* Ordin. Polit. *1577. tit. 17. Rec. deput. 1600. so viel nun 139. R. I. 1654. §. anreichend 174.* Debentur autem usuræ vel (1.) ex pacto vel (2.) ob moram, vel (3.) ob solam fructuum perceptionem.

§. 32. Usuræ promissæ merito exiguntur *l. 5. C. de pact. int. emtor. & vend.* & nihil hodie interest, sive incontinenti, sive ex intervallo, verbis solennibus, an sine illis, conventio ineatur, nam omni casu, à tempore pacti interpositi, usuræ debentur, licet nulla mora intervenerit. Omissa autem conventione, ob moram usuras solvere debet emtor, etiamsi nullos ex re tradita perceperit fructus, nam hoc damnum ad ipsum, velut dominum, pertinet, &, ei obligando, sufficit mora injusta *v. l. 33. pr. de usur.*

§. 33. Est autem emtor in mora, si ei res tradita *l. 13. §. 21. de A. E. V. l. 16. §. 1. de usur.* fides vero de pretio habita non sit *l. 13. §. 20. de A. E. V. l. 18. §. fin. ff. l. 2. C. de usur.* ac ille nullam retinendi pretii causam justam habeat, nam ipsa traditio interpellat *v.* Observ. Lauterb. *Obs. 580.* si vero fides de pretio sit habita *simpliciter*, per interpellationem demum in mora constituitur *l. 88. de R. J. l. 40. de R. C.* nam hactenus venditor in dilationem consensit, si autem usque *ad certum tempus* fides sit habita, tum eo elapso, mora contrahitur *l. 12. C. de contrah. & comm. stipul.* nisi prorogatio solutionis fuerit obtenta.

§. 34. Quodsi emtor, ob justam causam, v. gr. imminens evictionis periculum, pretium retineat, donec satisdatio præstetur, tum in mora quidem non est, attamen, ob perceptionem fructuum, ex sententia æquiori, usuras solvere debet *v. l. 13. §. 20. ff. l. 5. C. de A. E. V. l. 16. §. 1. de usur.* Carpz. *p. 2. C. 34. D. 38.* licet enim emtor jure dominii fructus percipiat, eoque nomine nemini obligari videatur *§. 3. I. de E. V. l. 1. C. de peric. & comm. rei vend.* attamen dominus est sub conditione solvendi pretii, adeoque, hoc nondum soluto, fructus, sine onere solvendarum usurarum, lucrari non potest, ex quo etiam liquet, emtorem à socio, ob solum usum rei, ad solvendas usuras, obligato *l. 1. §. 1. de usur. l. 60. pr. pro soc.* hac in parte, vix differre *v.* Observ. Lauterb. *Obs. 579. 581.*

§. 35. Si ob moram emtoris, gravius aliquod incommodum senserit venditor, tum in ejus arbitrio est, vel usuras consvetas exigere, vel id,

id, quod intereſt, probare ac petere *l. 2. §. fin. de eo quod. cert. loc.* Rec. Deputat. *1600. §. ſo viel nun 139. v.* CARPZ. *p. 2. C. 30. D. 9. 10. 11.* aſt pœnam, in eventum moræ commiſſæ, licet nullum intereſſe ſubſit, ſolvendam, ſtipulari nequit, nam, hoc admiſſo, leges uſurariæ facile eluderentur *l. 13. §. 26. de A. E. V. l. 44. ff. l. 15. 16. C. de uſur.* Si ad factum aliquod emtor ſit obligatus *v. l. 79. de C. E. V.* ob ejus omiſſionem vel intereſſe, vel, ejus loco, pœnam promiſſam exigere licet *l. 28. de A. E. V. v.* OBSERV. LAUTERB. *Obſ. 582. 584.*

§. 36. Licet vero mora emtoris, ſtipulatione pœnali coerceri nequeat, attamen à venditore, in caſum evictionis, duplum ſtipulari licet *l. 31. §. 20. de ædilit. edict. l. 37. pr. de evict.* hujus enim gravior culpa eſt, hinc eam etiam rigidiori modo coerceri, jura permittunt *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obſ. 583.* Ob ſimilem rationem, in caſum pœnitentiæ, pœna conventionalis, tam à venditore, quam emtore valide promittitur, licet modum uſurarum excedat *v.* BERLICH *p. 1. D. 43. 44.* cum enim quis illum caſum ſemper evitare queat, hinc, ſi contrarium malit, pœnam promiſſam merito exſolvit *v. l. 13. §. 26. in f. de C. E. V.*

§. 37. Eſt autem inter uſuras, ex pacto, & mora ſolvendas, ea, de jure civili, differentia, quod illæ *jure obligationis*, hæ vero ſaltem *officio judicis* debeantur, adeoque, ſoluta ſorte, ſeorſim, peti nequeant *l. 49. §. 1. ff. l. 13. C. de A. E. V. l. 54. loc. l. 13. C. de uſur. l. 4. C. depoſ.* ſed uti illa antiquum proceſſum formularium, judicesque pedaneos non obſcure redolet, ac ab æquitate quodammodo abhorret, ita eam, in Germana, nullum habere uſum, ſed uſuras, ex mora debitas, etiam, ſoluta ſorte, ſeorſim poſſe exigi, plane exiſtimo.

§. 38. Aliquando etiam competit actio venditi, ad repetendos ſumtus, in rem venditam, à venditore, bona fide factos, neceſſarios, ac ex præſumta emtoris voluntate, etiam utiles *l. 13. §. 22. ff. l. pen. C. de A. E. V.* quæ obligatio emtoris manet, licet res vendita caſu apud venditorem perierit. Denique dubitandum non eſt, quin illa quoque, quæ pacto promiſſa ſunt, peti queant *v. l. 13. §. 19. 23. 24. de A. E. V. l. 2. C. de pact. inter. emtor. & vend. conſ.* LAUTERB. *C. J. de A. E. V.*

§. 39. Ob moram emtoris, vel aliam cauſam ſupervenientem, quandoque res ipſa repetitur, licet forte, juxta ſubtilitates juris Roma-

mani, actio venditi, eo nomine, non semper instituatur. Contingit illud, si quis in certum eventum dominium sibi pacto habili reservaverit, tum enim, resoluto, per conditionem adjectam, contractu, rem cum fructibus recipit venditor *v. l. 4. §. 4. in fin. l. 14. §. 1. de in diem addict. l. 11. §. 10. quod vi aut clam. l. 41. pr. de R. V. l. 4. C. de pact. inter emtor. l. 4. pr. §. 2. de leg. commissor. l. 6. §. 1. de C. E. V.*

§. 40. Si pactum nullum intercesserit, tum interest, utrum *fides de pretio non sit habita,* hoc casu, quia traditio, sub conditione pretii solvendi, est facta, urgendus est emtor, quo conditionem impleat, adeoque rei repetitio statim non obtinet: Quodsi vero ad incitas redigatur, ut nulla implendæ conditionis spes sit, tum, ob ejus defectum, res, repeti potest *l. 5. §. 18. de tributor. action.* an *habita sit,* hic videndum, num *fraus emtoris intervenerit,* & idem obtinet quod in casu præcedente *v. §. 8. h.* an *bona fide contractum sit.* tum rem ipsam venditor repetere nequit, sed pretium saltem exigere debet *l. 8. C. de C. E. V. l. 14. C. de rescind. vendit.*

§. 41. Sed hoc ultimum, non satis recte constitutum videri potest, si enim, fide de pretio non habita, res ideo non emtore obærato repetitur, quod conditionem non impleat, adeoque traditio nullius momenti sit; in casu fidei de pretio habitæ, solutio pretii, velut modus, considerata, adeoque ejus defectus traditionem resolvere videtur, hinc rei repetitio itidem locum habebit. Verum est aliqua hic disparitas: In primo casu, dominium plane non est translatum, hinc, deficiente conditione, penes venditorem manet, sed secundo, pure contractus celebratus, & translatio dominii facta est, hinc defectus modi, dominium non restituit, nec jus personale ad rem repetendam, sed saltem, ad promissum exigendum, largitur *v. c. 18. §. 4.*

CAPUT IV.
DE EMTIONE ET VENDITIONE NOMINUM.

SUMMARIA.

§. I.



Endi aliquando res præsentes cum suo jure, aliquando absentes, cum jure exigendi *c. 2. §. 1. h.* diximus. Hæc posterior venditio, vulgo *rerum incorporalium*, rectius vero *Nominum* dicitur, de qua nunc aliqua dicenda veniunt: Est *contractus consensualis, quo nomen*, i. e. *jus rem aliquam exigendi, certo aliquo pretio comparatur v. l. 5. §. 2. quib. mod. pign. solv. l. 36. de fidejuss. l. 4. ff. l. 3. f. C. de H. vel A. V. l. 33. C. de donat.*

§. 2. Quo loco statim observandum, non venditione tantum, sed & aliis titulus habilibus, tam onerosis, quam lucrativis, nomina alienari posse. Porro sicut, in alienatione rerum præsentium, titulus & modus sive traditio concurrere solent, ita, circa nominum translationem, præter *titulum*, etiam *modum* intervenire, huncque in *cessione, præstatione* vel *mandato*, quæ synonymice accipiantur *l. 14. pr. l. 23. ff. l. 3. 4. C. de H. vel A. V. l. 1.*

A.V.l.1. C. de novat. l. 76. de solut. l. 11.14. 21. C. de fidejuss. l. 1.§. 18.l.20. §.1. l.21. de tutel. & ration. distrah. l. 2. C. de divid. tutel. l. 2. C. de contrar. judic. l. 44. §.6. l.75. §. 2. de Legat. 1. l. 18. C. de leg. l. 4. C. de procur. l. 8. in fin. mand. consistere censent *v.* LAUTERB. *C. J. de H. vel A. V. lit. E.* quamvis alii, *cessionem* & *mandatum* distingvenda esse putent STRAUCH. *exercit. 17.§.16.*

§.3. Sed vix est, ut, circa alienationem nominum, etiam jure civili, titulum & modum recte distingvas, nam cessio vel mandatum, non tam ad juris *translationem*, quam ejus potius *probationem* pertinuit. Hodie solis titulis nomina alienari, cætera vero ad factæ alienationis probationem saltem spectare, plane arbitror, nisi forte actio judicialiter sit cedenda *v.* CARPZ. *5. Rsp.33.* FRANSK *1. Resol. 9. in fin.* nam ille actus judicialis, instar traditionis erit. Hinc hodie venditio & cessio nominum synonymice regulariter accipiuntur, quamvis sub hac, donatio similisve titulus, vel debiti translati probatio, etiam comprehendatur, & is, qui actionem alienat, *Cedens*, in quem alienatio fit, *Cessionarius*, contra quem actio alienatur, *debitor cessus* dicitur *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 530.531.*

§. 4. His præsuppositis, ut ad Venditionem revertamur, perficitur illa solo venditoris & emtoris consensu *l. 3. C. de H. vel A.V. l.1.C. de novat.* debitoris cessi scientia & consensus haud requiritur, quamvis illa, ad impediendam venditoris exactionem, sit utilis. Quoad personas contrahentes, generales observandæ sunt regulæ; quemlibet, qui liberam rerum suarum habet administrationem, etiam nomina emere & vendere posse, nisi prohibitio specialis adsit.

§.5. Talis occurrit (1.) quoad potentiores, in quos acturi, actiones suas, sub earum jactura, transferre, illique, sub pœna arbitraria, illas recipere prohibentur *l. 2. C. ne lic. potent.* FRANSK *l. 1. Res. 10.* sed illa sanctio otiosis, & quibus, in vita civili non facile locus esse potest, merito annumeratur (2.) quoad tutores & curatores, qui contra pupillos & minores suos, actiones comparare prohibentur *Nov. 72 c. 5. v. l. 12. de reb. eor. qui sub tut.* (3.) quoad Judæos, qui actionem, contra christianum competentem, christiano vendere non possunt, ex sententia nonnullorum per *R. I. 1551. §. 79. O. I. P 1577. tit. 20. §. 4.* sed verius est, quod illa solum cessio, quæ, velandæ usurariæ pravitati, adhibetur,

 sit

ſit interdicta *v.* CARPZ. *p. 2. C. 30. D. 45. l. 5. Rſp. 38.* RICHT. *p. 1. Dec. 36. n. 12.*

§. 6. Quoad materiam fluctuant nonnunquam interpretes, dum ſæpe actionem aliquam, ceſſibilem eſſe negant, quæ tamen omnino cedi poteſt. Videtur ita dicendum: Primo præſupponi debet *jus proprium*, nam ſi jus aliquod in medio velut ſit expoſitum, ut à quovis occupari queat, tum ceſſio eſt fruſtranea, hinc accuſationes criminales & actiones populares fruſtra ceduntur: Poſtea huic regulæ ſtandum erit: *Quoties res exacta in alium poteſt transferri, toties etiam jus eam exigendi poteſt cedi, niſi lex ſpecialiter ceſſionem prohibeat*, quæ limitatio exemplo tutorum, de quibus §. *præc. n. 2.* poteſt intelligi.

§. 7. Juxta hæc igitur omnes actiones, reales & perſonales *l. fin. C. de H. vel A. V.* petitoriæ & poſſeſſoriæ *l. 16. §. 4. de hæred. petit.* rei perſecutoriæ & pœnales *l. 31. pr. de A. E. V. l. 14. pr. de furt.* ordinariæ & extraordinariæ *l. 24. pr. de minor. l. 25. de admin. tutor.* præſentes & futuræ *l. 17. 19. de H. vel A. V. l. 3. C. de donat.* regulariter vendi poſſunt. In ſpecie cedi poteſt actio injuriarum æſtimatoria *v. l. 11. §. 2. l. 17. §. 19. de injur. l. 42. §. 1. de procurat.* LAUTERB. *C. J. de H. vel A. V. lit. O.* ut & jus luendi, quod in Saxonia, eo caſu, quo facta ſubhaſtatione, & emtore non exiſtente, creditori, qua tali, res adjudicata eſt, debitori intra annum competit.

§. 8. E contrario actio perſonalis & confeſſoria, ad Uſum petendum & vindicandum *§. 1. I. de uſ. & habit.* ut & jus retractus, ob conſangvinitatem competens, extraneo cedi nequit CARPZ. *p. 2. C. 31. D. 19.* quod ſecus eſt in retractu conventionali ID. *p. 2. C. 32. D. 20.* Actio pro ſocio, ratione ſocietatis futuræ vel continuandæ, in alium transferri non poteſt *l. 65. §. 11. pro ſoc.* quod etiam dicendum arbitror de actione locati, quam locator ſucceſſori ſingulari, quoad locationem continuandam, cedere non poteſt, nam & hic aliqua velut ſocietas ſubeſt *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obſ. 601.* Jura quoque aliis conjuncta, ſeparatim cedi nequeunt, hinc retractus emphyteuticarius non aliter, quam cum dominio directo, in alium poteſt transferri *vid.* CARPZ. *p. 2. C. 39. D. 10.*

§. 9. Vendita actione principali, jura acceſſoria quoque emtorem ſequuntur, etiamſi nihil de his dictum ſit *l. 6. 23. de H. vel A. V. l. 6. 7. C. de*

C. de O. & A. & frustra omnino peculiaris cessio, quoad hæc, ex *l. 11. 14. C. de fidejuss. l. 73. pr. ad SCt. Trebell.* requiritur *add. Decis. Saxon. 40.* Transeunt quoque in emtorem privilegia, causæ vel actioni cohærentia *l. 6. ff. l. 5. C. de H. vel A. V. l. 68. 156. §. 3. de R. J.* v. gr. rei judicatæ, instrumenti gvarentigiati & hypothecæ tacitæ, *v.* FRANSK *lib. 1. Resol. 14. n. 2. 3.* imo vi regulæ *§. 6.* datæ etiam privilegia personalia, licet vulgo aliter sentiant *v.* LAUTERB. *C. J. de H. vel A. V. lit. E.* OBSERV. LAUTERB. *Observ. 537. 538.*

§. 10. Debent autem vendi nomina *vera*, hoc enim ex natura contractus hujus facile liquet *v. l. 4. de H. vel A. V.* sufficit tamen, si *præsumtive* vera sint *v. cap. præc. §. 7.* si appareat, nomen nullum esse, venditor evictionem præstare debet *d. l. 4.* nisi emtor sciens illud comparaverit *l. 27. C. de evict.* Nomina autem *bona* venditor præstare non tenetur *d. l. 4. l. 74. §. f. de evict. l. 96. §. 2. de solut.* CARPZOV. *p. 2. C. 34. D. 26.* nec officit, periculum jam tempore venditionis adfuisse, aut evictionem promissam esse, nam hæc promissio, juxta indolem contractus, de *veritate*, non *bonitate* nominis accipienda est, aut emtorem ignorasse debitoris cessi inidoneitatem, nam imputet sibi, quod non cautius fuerit mercatus *v. l. 19. de R. J. l. 3. §. 2. in fin. ut in possess. legat.*

§. 11. Aliquando tamen, etiam de bonitate actionis, venditor tenetur, si (1.) conditionem debitoris sciverit ac dissimulaverit *l. 74. §. fin. de evict.* (2.) bonum nomen promiserit *l. 4. de H. vel A. V.* quæ promissio, in debito puro, saltem ad tempus contractus pertinet. in conditionali vero, ac in diem contracto, vis ejus eousque extenditor, donec, existente conditione vel die, debitum sit purificatum (3.) si nomen purum, sub conditione, venditum sit, tum enim usque ad conditionem, periculum est venditoris, quia venditio imperfecta, nisi emtor sciens nomen inidoneum comparaverit *l. 41. §. 3. de jur. dot. add.* LAUTERB. *C. J. de H. vel A. V. lit. E.*

§. 12. Venditione perfecta, venditor consequitur jus petendi pretium, secundum ea, quæ *cap. præc. §. 30. seqq.* diximus, ac obligatur, non quidem ad *rem tradendam*, nec etiam regulariter ad *alium actum, juris transferendi causa, suscipiendum v. §. 3. h.* sed ad *emtorem instruendum*, quo jure emto uti queat. Hinc *documenta*, in quibus nomen

continetur, venditionis factæ *instrumentum*, ut & *mandatum* ei præstare tenetur, quo, prout visum fuerit, vel nomine cedentis, vel proprio, debitum exigere possit.

§. 13. Ipse venditor, in nomine vendito, nihil juris retinet, & licet ab ignorante debitore, debitum exigere *l. 23. §. 1. de H. vel A. V. l. 3. C. de novat.* vel cum illo, hujus intuitu, transigere queat *l. fin. de transact.* attamen hoc non arguit aliquod venditoris jus, sed ostendit saltem, debitorem, ob justam ignorantiam, esse excusatum: Quare etiam venditor id, quod exigit, cum omni interesse, emtori restituere tenetur *l. 23. §. 1. ff. l. 6. C. de H. vel A. V.* quemadmodum etiam hic, tempestiva denunciatione, inhibere potest, ne debitor venditori solvere, vel quid aliud, in debiti præjudicium, facere possit *l. fin. de transact. l. 1. in fin. de A. E. V. l. 27. §. 7. ad SCt. Trebell.* dominium ergo actionis, quod vendita actione, venditori adhuc ex *l. 3. C. de novat. l. 9. C. de procur. l. f. C. quand. fisc. vel priv. l. 8. C. de H. vel A. V.* asseri solet *vid.* LAUTERB. *d. l.* inane commentum est.

§. 14. Emtor, rerum ipsarum quidem dominium, post exactionem demum *l. 8. C. de H. vel A. V.* jus nominis vero regulariter, sola emtione, plene consequitur, & inanes utique tricæ sunt, quibus dominium actionis, i. e. plenum jus, ipsi negatur: res eodem recidit, sive illum, *dominum actionis*, sive *cessionarium*, sive *procuratorem in rem suam*, dicamus. Vi juris acquisiti debitum exigit *l. 55. de procurat.* compensat *l. 18. de compens.* pure vel sub conditione remittit *l. 17. in fin. de jurejur. l. 13. §. 1. l. 6. de pact.* ac cedenti concurrenti, in exigendo præfertur *l. 55. de procur.* licet pro illo jam sit sententia lata *l. 3. C. de novat. l. 4. C. quæ res pign. oblig.* ac cessionarius pretium nondum solverit, nam hoc cedens exigere debet *l. 14. C. de rescind. vendit.*

§. 15. Potest etiam, si opus fuerit, emtor ex jure cesso agere, & quidem vel nomine cedentis, vel proprio, illo casu actio *directa*, hoc, *utilis* institui dicitur *l. 5. 7. 8. 9. C. de H. vel A. V.* quæ denominationes licet hic diversum quid notent, attamen rei significandæ non satis conveniunt. Procuratorem quoque dare *v. l. 33. C. de donat. c. 1. de procur. in 6to.* ac cætera processus capita peragere potest *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 536.* Utitur privilegiis realibus & personalibus vendito-

ditoris *v. §.9. h.* non vero propriis, hæc enim, ad jus aliunde comparatum, in præjudicium vel debitoris, vel Creditorum aliorum, non posse extendi, manifestum est *v. l. 5. C. de H. vel A. V. l. 2. pr. eod. l. 2. C. si adv. vendit. pign. l. 19. pr. de judic. l. 38. pr. de minor.*

§. 16. Plus juris autem, quam venditor habuit, habere nequit, hinc usuras usurarum petere non potest *v. l. 12. §. 6. qui potior. in pign. l. 22. C. de usur. l. 5. C. de H. vel. A. V.* usuræ enim, mutato creditore, naturam suam retinent, quod secus est, si debitor mutetur *l. 7. §. 12. l. 58. §. 1. de administrat. tutor. l. 19. §. 4. ff. l. 18. C. de N. G.* Quod si venditor nullum jus habuerit, tum exceptiones, quæ ipsi opponi poterant, emtorem quoque excludunt. *v. l. 143. 156. §. 3. l. 160. §. f. de R. J.* quod etiam de exceptionibus personalibus, quas vocant, ut doli & excommunicationis, circa quas vulgò tricari solent, dicendum *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 532.*

§. 17. Si quis fraudulentis persvasionibus, ad venditionem nominis, inducatur, tum etiam mero jure naturali, illa est invalida, sed cum ea res lubricæ sit æstimationis, magis illam definire voluit *lex Anastasiana.* Quodsi adeo venditio facta sit (1) *pretio nimis vili,* de quo Judex, pro ratione temporum & locorum, ut & debitoris cessi, judicare debet, ac (2.) *emtor venditorem ad contrahendum induxerit,* tum venditio nominis, quoad excessum, est invalida *l. 22. 23. C. mand.* ac venditor ipse à debitore regulariter residuum exigere potest. Si vero cum emtore colluserit, debitori id quod pretium datum excedit, acquiritur *v. l. 12. C. ne lic. potent. l. fin. de litig. Nov. 72. c. 5. l. 7. C. unde vi l. 10. de jur. fisc.* LAUTERB. *C. J. de H. vel A. V. lit. E. conf. Decis. Saxon. 28.*

§. 18. Venditio semel facta à venditore revocari nequit, quod ex generalibus principiis intelligitur *v. l. 5. C. de O. & A. l. 25. de procur.* nec obest, quod tamen, ab ignorante debitore, rem exigere possit *l. 3. C. de Novat.* nam exactio illa venditionem non destruit, cum rem exactam emtori præstare debeat. Quod si post venditionem, alii nomen vendatur, tum re integra, i. e. debito, ab ignorante debitore, nondum exacto, primus emtor secundo præfertur, habet enim jus potius *v. l. 55. de procur. l. 5. C. de H. vel A. V.* idem dicendum si debitor cessus primam venditionem certo sciat; Quodsi vero posterior emtor rem ab ignorante debitore exegerit, tum rem exactam sibi quidem servat

arg.

arg. l. 15. C. de R. V. venditor tamen primo emtori, ad interesse, tenetur.

§. 19. Morte emtoris venditionem nominum non extingvi, sed hæc in hæredes transire, ex generalibus principiis itidem manifestum est *v. l. 33. C. de donat.* & hoc verum est, licet actiones cessæ alias in hæredes non transeant, dummodo cedens adhuc vivat, nam ex ejus persona, duratio earum æstimatur *v. l. 8. §. 2. de peric. & comm. rei vend.* Venditoris morte regulariter quoque venditio non tollitur, nam ex regulis nudi mandati *v. l. 8. C. de O. & A.* hæc res non est æstimanda, nisi actio cessa, ad cedentis personam, sit restricta, quamvis hæc etiam, per litem, vivo venditore, motam, aliquando fiat perpetua *v. l. 13. 28. de injur.* LAUTERB. *C. J. d. t.*

§. 20. A venditione vel cessione actionum differt (1.) *assignatio*, qua exactio debiti alteri saltem conceditur *v. l. 27. §. f. de Legat. 3.* in hac poriculum est penes assignantem, hinc si executor, à debitore, nihil consequatur, assignans solvere debet, nisi forte executor moram commiserit, ac debitor interim bonis sit lapsus, hoc enim executori merito nocere debet *v. Decis. Saxon. 66.* (2.) *obligationis translatio*, nam in cessione mutatur creditor, in hac vero debitor, in illa cessionarius sæpe dat pecuniam, quo jus consequatur, in hac vero pecunia utplurimum solvenda est illi, qui obligationem suscipit, hinc si etiam à creditoribus remissionem gratuitam obtinuerit, tamen, ob pretium à debitore acceptum, non habet locum lex Anastasiana *v.* CARPZ. *p. 1. Dec. 67.*

§. 21. Porro sicut certum est, quod cessio nominis possit fieri, sine consensu debitoris cessi, ita quæri potest, an translatio obligationis fieri queat, sine consensu creditoris? Negandum hoc erit, si sit obligatio separata & per se subsistens, si vero rei, debitoris arbitrio subjectæ, cohæreat, tum etiam sine consensu Creditoris, poterit transferri, hinc debitor annuorum redituum, cum ipsa re, obligationem & jus, illos redimendi, invito Creditore, transferre potest, idem est in servitutibus, quæ, cum ipsa re, ad alios transeunt.

§. 22. A nominum venditione quoque differt (3.) *delegatio*, qua jus prius eique respondens obligatio penitus tollitur, ac novum jus & vinculum, à creditore & novo debitore constituitur *v.* OBSERV.

LAU-

LAUTERB. *Obs.1173.* Solet tamen illa cessionem aliquando sequi *l.3. C. de novat.* nec inutilis est, si à debitore cesso, obtineri queat. Differt quoque delegatio, ab obligationis translatione, de qua proxime egimus, hæc enim jus & obligationem pristinam non immutat. In summa sic dicendum: Cessio mutat creditorem, obligationis translatio, debitorem, delegatio, jus & obligationem ipsam, mutato aliquando creditore, aliquando debitore.

CAPUT V.

DE PACTIS EMTIONI VENDITIONI ADJICI SOLITIS.

SUMMARIA.

Pacta contractus mutantia, pro adjectis non recte habentur §. 1.
Pacta adjecta hodie ob consensum sunt obligatoria §. 2.
Eo pertinet pactum de retrovendendo §. 3.
De jure protimiseos §. 4.
Addictio in diem §. 5.
Quæ dupliciter initur §. 6.
Aliquando adjicitur emtioni puræ, ut conditio resolutiva §. 7.
Qua pendente, emtio valet, existente, resolvitur §. 8.
Quando conditio existere censeatur §. 9. 10.
Effectus contractus resoluti ratione venditoris §. 11. Et emtoris §. 12.
Requisita hujus conventionis ex sententia communi §. 13. Et propria §. 14.
Deficiente conditione resolutiva, emtio manet firma §. 15.
Aliquando, per modum conditionis suspensivæ, addictio adjicitur §. 16.
Utriusque contrahendi modi comparatio §. 17.
Addictio differt ab auctione & subhastatione §. 18
Ad pacta adjecta etiam spectat lex commissoria §. 19.
Effectus conditionis pendentis & existentis §. 20.
Quando conditio existat §. 21.
Ejus effectum impedire potest venditor §. 22.
Et emtor §. 23.
Non impedita vero venditionem resolvit §. 24.
Conditione deficiente vel abjecta, contractus manet firmus §. 25.
Pacta affinia addictioni & legi commissoriæ §. 26. 27.

§. I.



Ex doctrina Romani juris ejusque interpretum, illa etiam pacta, dicuntur adjecta, quæ contractus pure mutant, adeoque vel novum plane, specie aut numero, contractum producunt, vel irregularem efficiunt *v. l. 7. §. 6. l. 27. §. 3. de pact. l. 72. de C. E. V. l. 2. de rescind. vendit. l. 24. 26. depos. l. 31. locat.*

LAUTERB. *C.J. de C.E.V.* verb. *pacta adjecta*. Sed planior est doctrina, si conventiones illas non *pacta adjecta*, sed *peculiares contractus* dicamus, quamvis, si conditionaliter mutetur contractus, ut si in eventum evictionis, ejus præstandæ necessitas venditori remittatur, conventio illa nomen pacti adjecti sustinere queat, cum hactenus emtio subsistat, ac incertum sit, utrum illa in donationem sit degeneratura.

§. 2. Proprie igitur illa pacta tantum adjecta sunt, quæ vel contractibus aliquid *adjiciunt*, ut stipulatio dupli, in casum evictionis, vel eos *finiunt*, ut pactum de retrovendendo, aut pœnitentiale, vel illos *sub conditione resolvunt*, ut addictio in diem & lex commissoria. Circa ea autem, jure Romano, generaliter interest, utrum *in continenti*, an *ex intervallo* adjiciantur, illo casu tam ad excipiendum, quam agendum, hoc vero tantum ad excipiendum prosunt *l. 72. pr. de C.E.V.* Verum hodie illud etiam pactorum nudorum consectarium cessat, ac omnia pacta, serio inita, actionem & exceptionem pariunt.

§. 3. Hac vice nonnulla exempla famosiora, emtioni venditioni adjici solita, breviter persequemur. Eo pertinet *pactum de retrovendendo*, quo id agitur, ut emtor rem emtam venditori, pretium restituenti, vel quandocunque illi placuerit, vel intra certum tempus, vel ex certo tempore, iterum vendat & restituat *l. 2 C. de pact. inter emtor. & venditor. l. 12. de P.V.* Hoc pactum neque impedit dominii translationem, neque contractum retro resolvit, sed tantum parit jus personale, vi cujus venditor ejusque hæres, aut successor singularis, ab emtore, ejusque hærede, licet minore *l. 1. C. quand. decret. op. non est* non etiam tertio possessore, rem olim venditam, juxta initæ conventionis tenorem, recipit *v.* CARPZ. *p. 2. C. 1. D. 8. seqq.* ZOES. *ad ff. de Leg. commiss. tit. de retract. convent.* STRUV. *S. J. C. exercit. 23. §. 40. seqq.*

§. 4. Simile fere est *pactum de jure protimiseos*, quod eo tendit, ut venditor, emtore rem ultro iterum vendente, aliis temporibus, si idem solvere velit, præferatur. Parit etiam solùm jus personale, hinc, re adhuc integra, aliis præponitur, sed re jam alii tradita, interesse saltem ab emtore petit venditor *v. l. 75. de C.E.V.* STRUV. *d. l. §. 47. seqq.* Conceditur aliquando, ob varias causas, jus protimiseos quoque à lege vel consvetudine, quod tamen conventionali plenius & reale est, adeo ut res tradita à tertio possit repeti, hinc etiam *jus retractus* dici solet *v.* ZOES.

v. ZOES. *d.l. tit. de retract. legal.* STRUV. *d.l. §.50.seqq.* CARPZ. *p.2. C.31. seqq.*

§. 5. Inprimis celebris est *addictio in diem*, quæ est pactum, quo id agitur, ut venditori, rem venditam, alii emtori, plus offerenti, addicere liceat, nisi primus emtor idem præstare velit *v.l.1. de in diem addict. l. 2. §. 4. pro emtor.* Scopus igitur hujus conventionis, nisi fallor, non est, ut emtio præcise resolvatur vel impediatur, sed ut venditor, qui viliori pretio contractum celebravit, augmentum pretii, certo casu, accipiat, cui obtinendo, facultas resolvendi vel impediendi contractum surrogatur.

§. 6. Dupli autem modo conventio iniri potest, vel ut *emtio pura, meliori conditione allata, & primo emtore pretium suum non supplente, resolvatur*, vel ut *emtio in illum eventum suspendatur, donec constiterit, an alius plus sit daturus v. l. 2. pr. de in diem addict.* Prior paciscendi ratio utplurimum tempus habet adjectum, potest tamen etiam sine illo iniri *v. l. 41. de R.V.* sed vix in tam molestam conventionem emtor consentiet: Posterior autem, sine adjectione temporis, omnino iniri non posse, morali æstimatione, videtur. *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs.518.*

§. 7. Adjicitur ergo puræ emtioni aliquando addictio, & quidem vel *tacite*, in venditionibus fiscalibus *l. fin. de jur. fisc. l. 21. §. fin. ad municip. l. 4. C. de fid. & jur. hast. fisc. l. 1. C. de vend. reb. civit.* vel *expresse*, quando id nominatim agitur *d.l.1.C. de vend. reb. civit.* circa quod mihi certum videtur, emtionem puram, conventione resolutoria eventuali munitam, plane differre ab ea emtionis specie, quæ *auctionis* & *subhastationis* nomine venit. Ibi enim perfecta emtio est, qua uni emtori, pretio non plane inæquali, voto tamen venditoris non penitu satisfaciente, res est vendita & tradita, quæque, superveniente conditione, resolvitur: Hic vero res, in plures licitatores distrahenda, proponitur, hinc singulorum licitatio perfectam emtionem, nova licitatione resolvendam, non efficit, sed, per varia licitantium certamina, venditio demum perficitur *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs.519.*

§. 8. Quando igitur, facta venditione, conditio resolutiva *pendet*, emtio interim perfecta est *l. 2. de addict. in diem l.3. de C.E.V. l. 2. §. 4.5. pro emt.* hinc per traditionem secutam transfertur dominium

 l. 4. §.3.

l. 4. §. 3. de in diem addict. l. 41. de R. V. vel conditio usucapiendi *l. 2. §. 1. de in diem addict. l. 2. §. 4. pro emtor.* cum consvetis affectibus *l. 4. §. 1. seq l. 6. pr. l. 2. §. f. l. 17. de in diem addict. l. 11. §. 10. 13. quod vi aut clam. l. 3. quib. mod. pign. solv. l. 72. de R. J. l. 41. 66. de R. V. add.* LAUTERB. *C. J. de in diem addict.* Quodsi autem conditio *existat*, emtio in eo statu est, ut resolvi queat. Sed hic tria specialius consideranda (1.) quando conditio existat (2.) quomodo, ea existente, resolutio contractus impediri queat, & (3.) ea non impedita, emtio resolvatur.

§. 9. Conditio existit, si alius, intra tempus definitum *v. l. 15. de in diem addict.* vere & bona fide *l. 4. §. 5. l. 14. pr. eod.* plus utilitatis venditori offerat *d. l. 4. §. 5. 6. l. 5. l. 14. §. fin. eod.* licet si unus ex ipsis venditoribus vel emtoribus *l. 13. §. 1. l. 18. eod.* aut pupillus, sine tutoris autoritate, vel is, qui solvendo non est, nam idoneitas novi debitoris, arbitrio venditoris definitur *l. 14. §. 2. 3. eod.* Requiritur tamen, omnibus illis casibus, ut res vendita vel ejus pars adhuc existat, nam, ea sublata, quoad accessiones & fructus, aliam licitationem admittere non tenetur primus emtor, quia id non actum est *l. 4. §. 1. 2. l. 17. eod.*

§. 10. Existente conditione, resolutio contractus impeditur, si venditores oblationem non accepterent *v. l. 9. 11. §. 1. l. 12. 13. pr. l. 14. §. 2. in fin. eod. l. 41. de minor.* vel primus emtor, idem, quod secundus offert, præstet *l. 6. §. 1. l. 7. 8. de addict. in diem l. 35. de minor.* nam hoc ultimo etiam casu, emtio in suo statu perdurat, nec emtor fructus aliaque commoda venditori præstare tenetur, scopus enim conventionis resolutoriæ non alius est, quam ut, ejus metu, emtor ad augendum pretium adigatur *v. §. 5. h.* Dispositio *l. 6. § 1. de in diem addict. l. fin. de jur. fisc.* ad casum exceptum, ubi aliud actum erat, debet referri, alias ab indole præsentis negotii plane abludit.

§. 11. Quodsi neutrum horum intercedat, emtio retro & penitus resolvitur *l. 2. 9. 17. de in diem addict. l. 19. de usurpat. l. 6. §. 1. de diversf. tempor. præscript.* hinc emtor amittit dominium *l. 1. in fin. de in diem addict. l. 41. de R. V.* pignus interim constitutum evanescit *l. 4. §. 3 de in diem addict. l. 3. quib. mod. pign. solv.* fructus aliaque commoda venditori debent restitui *l. 4. §. 4. l. 6. pr. l. 14. §. 4. l. 16. de*

in

in diem addict. l. 11. §. 10. quod vi aut clam. & competit ei, quoad rem ipsam, rei vindicatio *l. 41. de R.V. l. 4. C. de pact. inter emtor.* ratione autem præstationum personalium actio venditi *l. 4. §. 4. l. 14. §. 1. de in diem addict. l. 11. §. 10. quod vi & clam.*

§. 12. Vice versa emtor recipit pretium cum usuris *l. 29. §. 2. de ædilit. edict.* ut & impensas in rem emtam bona fide factas, eoque nomine, retentione, compensatione & actione emti uti potest *l. 16. de in diem addict.* De cætero raro forsitan eo devenitur, nam resolutio contractus, terriculamentum est, quo emtor primus, ad augendum pretium, compellatur, is igitur potius, eveniente casu, pretium supplebit, quam ut in dissolutionem, sibi adeo molestam, consentiat.

§. 13. Quo vero conventio resolutoria, venditori dominium reddere queat, requirunt vulgo *v.* LAUTERB. *C. J. de addict. in diem* (1.) *ut verbis directis, quæ resolutionem contractus involvant, sit concepta.* Sed de hoc non adeo laborandum videtur: non debent verba captari, sed mens paciscentium inspici *v. l. 41. de R.V.* (2.) *ut eadem incontinenti adjiciatur*, verum hoc pactorum nudorum consectarium, hodie cessat, & conventio ejusdem effectus est, sive incontinenti, sive ex intervallo ineatur (3.) *ut illa, re integra, seu ante traditionem celebretur.*

§. 14. Hoc requisitum unice hodie est necessarium, cum enim regulariter, ad acquirendum dominium, requiratur titulus & modus *l. 20. C. de pact. l. 3. pr. de O. & A.* ideo, dominio in emtorem, per traditionem, translato, solo pacto effici non potest, ut illud, ipso jure, seu sine traditione, ad venditorem revertatur; Ast si pactum interponatur re integra, ubi dominum à venditore nondum abiit, tum exceptio admissa, ac conventioni ea vis tributa est, ut dominium eventualiter vel conservare vel reddere queat *v. l. 32. de usufr. l. 19. de servit. l. 7. pr. comm. prædior. l. 20. §. 1. de pact. dotal. l. fin. C. de pact. inter emtor. l. 33. pr. de S.P.R. l. 41. de R. V. l. 9. de manumiss. l. 5. C. si mancip. ita fuerit* CARPZ. *p. 1. C. 28. D. 20. 21.* Quodsi, re tradita, pactum ineatur, jure quidem civili, invalidum videtur *v. l. 58. de pact.* hodie tamen jus personale operabitur *add.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 520. 521.*

§. 15. Si denique conditio resolutiva *deficiat*, dum scilicet nemo plus offert vel venditor factam oblationem non admittit, emtio antiquo

pretio conclusa manet, ac emtor dominium omniaque commoda irrevocabiliter acquirit, nisi forte adhuc alia conditio supersit *v. l. 11. pr. de in diem addict.* Quodsi autem oblata melior conditio excludatur, per adjectionem primi emtoris, tum emtio novo pretio irrevocabiliter concluditur, de quo jam dictum §. *10.*

§. 16. Quando venditio fit sub conditione suspensiva *v.* §. *6.* ut scilicet perficiatur, nisi melior conditio afferatur *l. 2. de in diem addict.* tum *pendente* conditione, emtio est imperfecta *l. 7. de C. E. V.* hinc, si res tradatur, dominium tamen vel conditio usucapiendi, est in suspenso *l. 4. pr. de in diem addict.* Est autem *existente*, dum scilicet nemo plus offert, vel oblatio rejicitur, vel emtor primus pretium auget, emtio retro perficitur, & quidem vel antiquo, vel novo pretio, hinc emtori dominium, cum consvetis effectibus, à tempore contractus, acquisitum est *l. 9. §. 1. l. 11. §. 1. qui potior. in pign. l. 8. pr. de C. E. V.* Conditione denique *deficiente*, si nempe alius plus offerat, illudque venditor acceptet, nec primus emtor idem præstare velit, spes perficiendæ emtionis perit, adeoque contractus plane deficit *l. 37. de C. E. V. l. 8. de peric. & commod. rei vend.*

§. 17. Utrum autem venditio pure, sub conditione resolutiva, vel conditionaliter, sub suspensiva, facta sit, id ex mente paciscentium intelligendum *l. 2. pr. de in diem addict.* In dubio, si res emtori tradita sit, prius *v. l. 2. §. 4. pro emtor. l. 3. quib. mod. pign. solv.* si non sit, posterius præsumendum videtur, traditio enim facta, negotium perfectum, omissa vero, imperfectum plerumque arguit. Prior contrahendi ratio, utilis est venditori, posterior, emtori *v.* Observ. Lauterb. *Obs. 523.*

§. 18. Addictionem in diem, differre ab Auctione & Subhastatione §. 7. jam admonui. Interim jam dudum illæ species videntur fuisse confusæ, ex qua confusione, *jus primæ licitationis*, in Subhastationibus Saxonicis, etiam originem forte habet, de quo tamen uti certi quid pronunciare nolo, ita, jus illud subhastationibus moram afferre, adeoque rectius aboleri quam conservari, plane arbitror *add. Decis. Saxon. 71.* Observ. Lauterb. *Obs. 522.*

§. 19. Celebris etiam est, circa emtionem venditionem, *lex commissoria*, quæ est conventio, inter emtorem & venditorem inita, ut,

pre-

pretio non soluto, res fit inemta *l. 1. seqq. de leg. commiss.* scopus igitur hujus pacti non is est, ut emtio præcise resolvatur, sed ut, metu resolvendi contractus, emtor ad pretium solvendum adigatur, ac, eo non soluto, venditor rem recipiat, atque in damnum avertat. De cætero lex commissoria non inest naturaliter emtioni venditioni *v. c. 3. §. 40. 41.* sed jure permittente, adjicitur *v. l. 13. §. 26. de A. E. V.* quo autem optatum habeat effectum, *re integra*, adjicienda est, secundum notata *§. 13. 14. h. add.* Observ. Lauterb. *Obs. 524.*

§. 20. Conditione resoluta *pendente*, venditio valida est, hinc emtor rei traditæ dominus verus vel præsumtus est *v. l. 74. de C. E. V.* fructus acquirit *l. 5. de leg. comm.* ac periculum sustinet *l. 2. in fin. eod.* Ea autem *existente* emtio resolvi potest, circa quod tria itidem spectari possunt (1.) quando conditio existat (2.) quomodo, ea superveniente, resolutio contractus possit impediri, & (3.) illa non impedita, emtio resolvatur.

§. 21. Conditio resolutoria existit, si post diem elapsum *l. 38. de minor. l. 41. §. 1. l. 42. de V. O. l. 4. in fin. de leg. comm.* aut, si tempus adjectum non sit, post interpellationem venditoris *l. 23. de V. O.* emtor pretium, juxta legem contractus, non solvat *v. l. 4. qui pot. in pign.* ac per eum stet, quo minus hoc fiat *l. 4. §. fin. l. 6. pr. l. fin. de leg. comm. l. fin. de rescind. vendit. l. 39. 72. pr. de solut.* Quando ita emtor promissum non implet, tum est in arbitrio venditoris, utrum lege commissoria uti, ac emtionem resolvere, an pretium exigere velit *l. 2. 3. de leg. commiss. l. 41. de minor. l. 5. C. de pact. l. 6. C. de LL. l. 1. §. 10. de oper. nov. nunc.*

§. 22. Quod si adeo conditionem allatam abjiciat, resolutio contractus cessat; Potest autem id facere vel expresse, vel tacite, dum vel emtorem, de solvendo pretio, interpellat *l. 38. de minor. l. 7. de leg. commiss.* vel partem pretii oblati acceptat *v. l. 6. §. 2. eod. l. 4. C. de pact. inter emtor.* Carpz. *p. 2. C. 33. D. 22.* nec potest, alterutro horum intercedente, ad legem commissoriam redire *l. 4. §. 2. l. 7. de leg. commiss. l. 20. de opt. leg.* hinc humanitas venditori noxia videtur, quamvis existimem, illa omnia, salva lege commissoria, fieri posse, si eo nomine venditor protestetur.

§. 23. Ipsum etiam emtorem, conditione resolutoria existente, offe-

offerendo pretium, moram, invito venditore, purgare, adeoque resolutionem contractus impedire posse, aliqui censent, sed perperam: nam *l. 4. C. de pact. inter. emtor.* agit de venditore consentiente, in *l. 38. pr. de minor.* autem, casus plane specialis continetur, ubi, favore ætatis minoris, lex commissoria improbatur. Hinc nec eorum sententia admittenda est, qui, certa die pacto commissorio non præstituta, emtorem, usque ad litis contestationem, moram purgare posse existimant *v.* LAUTERB. *C. J. de Leg. commit. lit. E.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 526.*

§. 24. Si vero, conditione allata, venditor suo jure uti velit, emtio retro resolvitur *l. 1. 2. de leg. commiss.* hinc ipso jure recipit dominium *l. fin. eod. l. 4. C. de pact. inter emtor. l. 41. de R. V.* emtor fructus aliasque accessionis reddere debet *l. 5. 6. §. 1. de leg. commiss.* licet nihil specialiter conventum sit *v. l. 6. §. 1. de C. E. V. l. 56. pr. mand.* partem vero pretii vel arrhas, quas dedit, ex benigniori sententia, non aliter perdit, quam si, earum loco, vel fructus lucretur *l. 4. §. 1. de leg. commiss.* vel hoc inter partes actum sit *l. fin. eod. l. 6. §. 1. de C. E. V. l. 1. C. de pact. inter emtor.* juxta quæ, temperanda *l. 6. pr. de leg. comm. v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 525.* Competit ergo venditori Rei vindicatio *l. fin. de leg. comm. l. 4. C. de pact. inter emtor.* contra quemvis possessorem, ex habili licet titulo, rem tenentem *v. §. 11. h.* ut & actio ex vendito *l. 6. §. 1. de C. E. V. l. 4. pr. de leg. comm.* Emtori quoque, ratione pretii, actio afferenda est, secundum doctrinam proxime allatam.

§. 25. Conditione denique *deficiente* vel *abjecta*, emtio valida manet, ac emtor irrevocabiliter dominium acquirit, nisi forte lex commissoria, per intervalla temporum sit distincta, ac nondum omne tempus elapsum *v. l. 38. de minor.* Alias legi commissoriæ aliæ etiam clausulæ addi possunt *v. l. 4. §. 3. de leg. comm. l. 6. §. 1. de C. E. V.* quemadmodum illa etiam in aliis negotiis, ut locatione & permutatione, locum invenit, in pignoribus vero aliam assumit formam, adeoque, ob inhumanitatem, improbatur, de quo suo loco dicemus.

§. 26. Simile legi commissoriæ est Pactum, quo venditor, re integra, rei venditæ & traditæ dominium tamdiu sibi reservat, donec omne pretium fuerit solutum *v.* CARPZ. *p. 1. C. 28. D. 21. lib. 1. Resp. 108.* Pertinet illud tantum, ad securitatem pretii, adeo ut, in concursu

Cre-

Creditorum, dominus rem ſuam vindicare queat; quamdiu autem emtor ſolvendo eſt, tamdiu venditor rem repetere nequit, hinc etiam debiti exactio, vel partis acceptio, pactum hoc non excludit, quo reſpectu, à lege commiſſoria idem differt; Periculum rei eſt quoque penes emtorem, nam venditor dominium ſaltem, quoad pretii ſecuritatem, ſibi reſervavit *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obſ. ſ27.*

§. 27. De eo dubitandum non eſt, quin alia etiam pacta, eodem cum effectu, quo addictio in diem & lex commiſſoria, iniri queant, licet hoc nonnulli negent *v.* ZOES. *ad ff. de leg. comm. tit. de retract. convent. n. 21. ſeqq.* valor enim non dependet ab *eventu*, quem addictio & lex commiſſoria reſpiciunt, ſed à *paciſcendi modo*, qui in aliis etiam pactis obſervari, adeoque eundem effectum producere poteſt *v. l. 19. de uſurp. l. 11. §. 13. quod vi & clam. l. 3. de C. E. V. l. 13. de pign. action. l. 10. §. 1. quib. mod. pign. ſolv. l. 7. C. de pact. inter emtor.* LAUTERB. *C. J. de in diem addict.* verbis *idem faciunt.* Nec obſtat, quod ex ejusmodi pactis, detur actio perſonalis *v. l. 4. C. de ædilit. edict.* nam talis etiam, circa addictionem in diem & legem commiſſoriam, occurrit *v. §. 11. 24. h.* ſcilicet actio perſonalis, dominium & actionem realem non excludit.

CAPUT VI.

DE LOCATIONE CONDUCTIONE.

SUMMARIA.

§. 1.



Locatio Conductio est *contractus consensualis, de usu rei vel operæ, pro certa mercede, concedendo & præstando l. 1. 2. 4. locat. l. 19. 20. de A. E. V.* Dividitur (1.) in locationem *rerum* & *operarum*, hæc est vel *talis in specie*, ubi operæ indefinite, vel *operis*, ubi, operis certi intuitu, locantur *v. l. 22. §. 2. l. 51. §. 1. l. 60. §. 3. locat. l. 39. de R. V.* (2.) in *regularem* & *irregularem v. l. 31. locat. add.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 585.*

§. 2. Perficitur solo consensu *l. 1. 14. ff. l. 24. C. locat.* qui quidem habilis esse debet, hinc vis injusta eam vitiat *l. 11. 32. C. eod. l. 9. §. 1. de public. & vectigal.* quando autem, ad faciendam locationem, quis est obligatus, tum vi justa, ad explendam obligationem recte adigitur *v. l. 21. C. mand. l. 14. C. de C. E. V. Saechsische Gesinde Ordnung tit. 3.* CARPZ. *p. 2. C. 51. D. 9. l. 1. Rsp. 58. 59.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 586. 587.* Requiritur vero consensus expressus, nam tacito vix iniri locatio potest *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 588.*

§. 3. Semel tamen inita, sæpe tacite renovatur, ubi videndum, tum *quando*, tum *ad quod tempus* locatio renovata censeatur. In rebus mobilibus, v. gr. equis, locatio tacite renovatur, quando quis rem, tempore finito retinet, ac tamdiu facta videtur, quamdiu quis re utitur; sed in immobilibus, quarum conductores omni tempore haberi non possunt, aliter omnino dicendum, nam in iis, non tantum locatio renovata censeri debet, si, tempore primæ locationis elapso, quis in re maneat *l. 13. §. f. l. 14. ff. l. 16. C. locat.* sed & si contrahentes tempestive ei non renuncient, quod sane hodie observatur.

§. 4. In

§. 4. In prædiis autem rusticis, ad annum, in urbanis, ad id tempus, quo quis, finita prima locatione, habitavit, locatio renovari creditur, nisi in scriptis certum tempus comprehensum sit, tum enim ad id contractus renovatus censetur *l. 13. §. fin. locat. v.* LAUTERB. *C. J locat. lit. C. ibique* BERGER *in resolut.* Sed hodie definitionem illam, per omnia sequi forte non licet, verum ex consvetudine potius regionum ista res decidenda erit. Id certum, quod facta renovatione, etiam pignora renoventur, non vero fidejussio, nisi fidejussor consentiat *l. 13. §. f. ff. l. 7. 16. C. locat.*

§. 5. Locare & conducere possunt, qui alios contractus celebrant, nisi lex impedimentum ponat. Quidam ergo vi regulæ excluduntur, alios specialis sanctio, ab hoc contractu, certo modo, removet, ut milites *l. 31. C. l. 50. ff. locat. l. 15. 16. C. de re milit.* Decuriones *l. 30. C. locat. l. 4. de decurion.* Clericos *Nov. 123. c. 6.* Tutores & curatores *l. 49. pr. §. 1. locat. l. un. C. ne tut. vel curat. vectig. cond. v.* LAUTERB. *C. J locat. lit. S.* quorum omnium hodie non adeo magnus usus esse videtur. Ex communi etiam sententia, opifices, opificium suum cum strepitu exercentes, officinam, prope literatorum ædes, conducere, his invitis, non possunt *v. l. un. C. de stud. liberal.* CARPZ. *p. 2. C. 37. D. 23.*

§. 6. Qui operas suas alicui locavit, eas alii locare nequit, sed priori præstare cogitur *l. 26. locat.* nam prior solus jus habet. Si vero usus rei duobus sit locatus, & posteriori res tradita, hic præfertur, primus autem interesse solum à locatore petere potest, quia, per traditionem, potius jus posterior censetur consecutus *arg. l. 15. C. de R. V.* ZOES. *ad ff. locat. n. 6.* cum enim traditio titulo porior sit, quando de translatione dominii agitur, idem omnino, ex rationibus juris civilis, dici potest, si de transferendo usu sermo sit.

§. 7. A parte locatoris, in hunc contractum, deducuntur *omnis generis res, mobiles & immobiles, quæ usu non consumuntur v. l. 31. locat. l. 3. §. f. commod.* Et quidem propriæ *v. l. 1. 5. C. locat.* servientes *§. 1. I. de usu & habit. l. 18. C. de jur. dot. l. 9. §. 1. locat. l. 15 §. 4. ff. l. 13 C. de usufr.* conductæ *l. 7. ff. l. 6. C. locat.* alienæ, ut inter contrahentes, suo modo, valeat contractus *l. 7. 8 9. pr. §. f. locat.* non vero usuariæ *§. 1. I. de usu & habit. v. l. 12. §. 4 de usu & habit.* CARPZ. *p. 1. Dec. 69.* inita tamen locatio, in vim locationis rei alienæ, inter contrahentes, valere videtur.

§. 8. Locantur etiam jura cum suis objectis, quæ ex imperio resultant, ut Jurisdictio, jus Patronatus *v.* CARPZ. *l. 5. Rsp. 15. p. 2. C. 37. D. 22.* FINCKELTH. *Obs. 3.* non tamen jus monetæ cudendæ *Ord. monet. 1559. §. ferner als 174.* CARPZ. *l. 5. Rsp. 18.* Poterit etiam jurium rerumque universitas locari CARPZ. *d. Rsp. 15.* STRUV. *Jurisp. forens. l. 3. tit. 12. §. 6.* quo casu res mobiles accessoriæ, aliquando conductori, pro certa æstimatione, venduntur *v. l. 3. l. 54. §. f. locat.* utut alias æstimatio, taxationis gratia saltem fieri soleat *v.* CARPZ. *p. 2. C. 37. D. 16.* RAUCHBAR *p. 2. qu. 29.*

§. 9. In locationem quoque deducuntur *operæ licitæ & mercede æstimari solitæ v. l. 5. §. 2. 5. l. 19. §. 1. de P. V. l. 13. §. 1. locat. l. 1. §. 9. depos.* si prius requisitum deficiat, negotium, in delictum, si posterius, in alium contractum incidit *v. l. 5. §. 2. de P. V. l. 1. pr. si mens. falsum. mod.* de quo posteriori tamen, hodie non valde laborandum videtur. Qui ex sua materia, speciem alteri, pro certa pecunia, promittit, non tam operas locat, quam potius rem suam vendit *l. 2. locat. l. 20. 65. de C. E. V.* nisi forte res principalis, in qua alter, suis operis, ex rebus propriis, aliquid se facturum promisit, ad alterum pertineat, tum enim negotium mixtum adest *l. 22. §. 2. locat.* Possunt etiam operæ alienæ locari, si quis in illum vel imperium habeat, vel conventio hoc permittat *v. l. 9. §. 1. l. 25. 27. de oper. libert. l. 3. de usu. & usufr. leg.*

§. 10. A parte Conductoris, requiritur *merces l. 23. in fin. comm. divid.* sive *pretium l. 28. §. 2. l. 51. §. 1. l. 58. pr. locat. l. fin. §. f. de L. Rhod.* hinc, cum colono partiario, non locatio, sed societas initur *l. 25. §. 6. locat.* Debet autem merces (1.) esse *vera v. l. 5. 20. §. 1. l. 46. locat l. 10. §. f. de A. A. P. l. 36. 38. de C. E. V.* (2.) *certa*, ex determinatione contrahentium, vel per relationem *l. 25. pr. ff. l. 18. C. locat. v. c. 2. §. 16. seqq.* nam alias consensus, hic necessarius, nondum adest. Illud tamen mere Romanum est, quod pretium statim ab initio certum esse debeat, ac alias negotium, in contractum innominatum, incidat *§. 1. I. de locat. l. 22. de P. V.* cujus sanctionis hodie nulla est utilitas, cum etiam contractus innominati, ex solo consensu, valeant.

§. 11. Porro requiritur (3.) ut merces *in pecunia numerata consistat*, alias iterum contractus innominatus adest *pr. I. de locat. l. 5. §. 2. de P. V. l. 1. §. 9. depos. l. 25. §. 6. locat. l. 26. §. 1. de furt.* Uti autem,

ab

ab ista sententia, paulatim ipsi Romani videntur discessisse *l. 8. 21. C. locat.* ita, ob rationem modo datam, ejus in genere hodie nulla est utilitas. Ut autem (4.) merces sit *justa*, i. e. usui rei vel operæ exacte respondens, id, in foro externo, præcise non requiritur *l. 22. §. f. l. 23. locat. v. c. 2. §. 19.*

§. 12. De eo dubitandum non est, quin huic etiam contractui pacta, arrha, scriptura, conditio, pignus, fidejussio, tempus modicum & longum, imo perpetuum, accedere queant *v. l. 13. §. f. l. 20. pr. ff. l. 7. 10. C. locat.* In specie licitum est, perpetuas operas alicui addicere, neque enim talis promissio veram involvit servitutem, quæ illicita est *v. l. 37. de liber. cauf. l. 6. 24. C. eod.* etsi illa serviendi conditio, servituti aliquo modo sit similis *v. l. 2. de hom. lib. exhib.* Porro nec id promissioni illi obest, quod modus, libertati valde molestus, in ultimis voluntatibus, aliquando improbetur *v. l. 71. §. 2. de condit. & demonstr.* nam & talis modi, ac perpetuarum operarum; & ultimarum voluntatum ac contractuum, est dispar ratio. Interim nec consultum, nec valde usitatum est, locationem in perpetuum inire.

§. 13. Inita locatione conductione, contrahentes, ad fidem servandam, ac damnum voluntarium resarciendum obligantur. Contra invitos actiones competunt, sub quarum consideratione, jura & obligationes contrahentium, stilo recepto, explicantur. Tota autem illa tractatio fere naturalis est, ac sæpe non tam juris, quam facti quæstiones occurrunt *add.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 602.*

§. 14. Primo de officio Locatoris dispiciendum, contra quem comparata est Actio conducti, quæ est *actio personalis, rei persecutoria, quæ datur conductori & heredibus l. 15. pr. l. 19. §. 8. locat. contra locatorem & heredes l. 49. de O. & A. ad omne id, quod ex contractu vel pacto debetur l. 15. §. 1. l. 21. locat.* De jure civili est bonæ fidei *l. 17. C. de locat.* quod hodie frustra inculcatur.

§. 15. In locatione *operarum*, datur ad operas præstandas, quas si non præstet locator, id quod interest, conductori exsolvere debet *v. §. 7. I. de V. O.* Quodsi vero casu fortuito, vel voluntate conductoris operas præstare impediatur, tum, eum ad interesse non teneri, facile liquet, an vero mercedem exigere possit, alia quæstio est, quæ ad officium conductoris pertinet, de quo postea *add.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 603.*

De damno culpa dato, locator operarum quoque tenebitur *v. l. 9. §. 5. l. 25. §. 7. l. 40. locat.*

§ 16. In locatione *Operis faciendi*, tenetur locator, intra præfinitum tempus, opus perficere, aut, si id factum non sit, interesse præstare. De casu fortuito, qui vel circa materiam, vel opus ipsum evenire potest, summatim dicendum, quod ejus periculum regulariter, ad dominum operis, pertineat, nisi pacto aut culpa in locatorem transferatur, quamvis aliquando & culpam impune hic committat, si dominus in eam consentiat. Ex quibus fundamentis, omnes distinctiones, quibus hic uti solent *v. l. 13. §. 5. l. 31. 36. 51. §. 1. locat.* STRUV. *S. J. C. exerc. 24. §. 23.* LAUTERB. *C. J. locat. verb.* actio conducti *lit. O.* resultant.

§. 17. Denique in locatione *Rerum*, locator debet præstare (1.) rem usui habilem, quaque conductor, ejus facto, uti non impediatur, alias iterum ad interesse tenetur *v. l. 9. pr. l. 15. §. 1. 2 in fin. §. 8. l. 25. § 1. 2. l. 30. l. 33. in fin. locat.* quodsi autem conductor usum vel, ob casum fortuitum, vel sua voluntate non percipiat, tum locator nihil præstare debet, sed nec mercedem indistincte exigere potest, de quo postea videbimus. De cætero, per rei traditionem, neque dominium aut aliud jus in re *v. l. 39. locat. l. 80. §. f. de C. E. V.* neque veram possessionem *v. l. 60. §. 1. locat. l. 32. §. 1. de A. A. P. l. 31. §. 3. de usurp. l. 1. §. 9. 10. de vi l. 2. C. de 30. & 40. annor. præscript.* sed saltem jus personale & nudam detentionem regulariter transferri, ex natura hujus contractus, facile liquet. *vid.* LAUTERB. *C. J. d. l.*

§. 18. Tenetur quoque locator (2.) resarcire damnum, quod ejus culpa conductor, in re conducta, accepit *v. l. 19. §. 1. locat.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 614.* de damnis autem fortuitis non obligatur, nisi ejus culpa vel pactum accesserit *v. l. 45. 55. ff. l. 4. C. locat. l 23. de R. J.* CARPZ. *p. 2. C. 37. D. 21.* BERLICH *p. 2. D. 202.* Non minus quoque (3.) expensas necessarias & utiles, in perpetuam rei utilitatem factas, conductori refundere debet *v. l. 55. §. 1. l. 61. pr. locat.* sed, ante moram, sine usuris *v.* CARPZ. *p. 2. C. 37. D. 26. 27.* nam conductor hactenus ipsarum impensarum utilitatem sensit. Quodsi conductor sua culpa causam dederit impensis, vel pacto eas in se susceperit, tum obligatio locatoris plane cessat.

§. 19. De-

§. 19. Denique locator (4.) reddere debet tributa & collectas à conductore solutas *l. 7. de public. & vectig. v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 615.* ut & similes præstationes, quæ intuitu subjectionis, ex re locata fiunt, ut sumtus metatorum *v. l. 38. 39. de usufr. l. 36. de usur. l. 13. de impens. in res dot. l. 2. C. de annon. & trib. l. un. §. 3. de via publ.* CARPZ. *p. 2. C. 37. D. 15.* TABOR *de metat. p. 2. c. 3. §. 17. 19.* Ea vero onera, quæ ex fructibus simpliciter præstanda sunt, ut decimæ, in se videtur recepisse conductor *v. c. 24. 26. X. de decim.* qui etiam dubio procul impensas ad agrum colendum *l. 15. §. 2. 7. locat.* & fructuum collectionem necessarias, ferre tenetur, hoc enim natura contractus satis indicat *v. l. 7. §. 16. solut. matrim.*

§. 20. De cætero præstationes illas conductor non tantum actione exigit, sed &, mercede nondum soluta, earum intuitu, compensatione utitur *v. l. 61. pr. locat.* aut etiam rem locatam tamdiu retinet, donec, eo nomine, ipsi fuerit satisfactum *v. l. 14. de dol. except. l. 5. pr. de impens. in rem dot. l. 15. §. 2. de furt.* & censetur in ipsa executione, eo fine, exceptio objici posse *v.* LAUTERB. *C. J. locat. lit. O.* de quo tamen, ex diversitate processus, ac exceptionis obscuritate vel evidentia, amplius hodie judicandum erit.

§. 21. Actio locati est *actio personalis, competens locatori & hæredibus, adversus conductorem & hæredes v. l. 24. 29. C. de locat. ad omne id, quod ipsis, ex contractu vel pacto, debetur.* Si plures sint conductores, regulariter singuli pro rata tenentur, nisi vel conventione, vel delicto, ad conditionem correorum, redigantur, quo casu adeo consveta jura obtinent *v. l. 47. ff. l. 13. C. locat.*

§. 22. Datur hæc actio (1.) ad exigendam mercedem cum usuris, si mora intervenerit *l. 2. 17. C. locat.* eo tempore, quod vel conventio partium *v. l. 30. §. pen. locat.* vel mos regionis *l. 34. de R. J. l. 8. C. locat.* determinat, de quo si nihil constet, competit demum, locatione finita, ex nonnullorum sententia *v.* LAUTERB. *C. J. locat.* verb. *actio locat.* sed verius est, quod, eximia usus rei vel operarum parte præstita, merces usui respondens, exigi queat *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 616. 617.*

§. 23. Enimvero uti obligatio conductoris, de solvenda mercede, satis certa est, si is operarum vel rei usum revera acceperit, ita specialius

paulo

paulo tradendum, an idem solvere eandem teneatur, si emolumentum nullum senserit. Quodsi igitur in locatione *Operarum*, locator operas, casu fortuito, præstare impediatur, ex natura contractus, nulla merces ei debetur, licet regulæ humanitatis sæpe aliud svadeant *v. l. 15. §. 6. locat.*

§. 24. Si vero conductor, ob casum, operas acceptare nequeat, integram nihilominus mercedem debebit *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 604.* quod multo magis dicendum, si per eum stet, quo minus locator operas præstare queat, nisi forte hic, operas suas alii addicendo, obligationem illam remittat *l. 19. §. 9. l. 38. pr. locat. l. 24. de condit. & demonstr. l. 161. de R. J.* Quodsi operarum præstitarum emolumentum casus intercipiat, merces, pro Viri boni arbitrio, erit præstanda *v.* LAUTERB. *C. J. locat.* verb. *actio conducti add.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 605.*

§. 25. In locatione *Operis*, merces quoque est exsolvenda, licet casus superveniens, operarum præstitarum utilitatem conductori auferat *v. l. 33. locat.* Denique in locatione *Rei*, si locator, ob justam causam, usum impediat, conductor imposterum nihil amplius solvit *l. 30. 35. pr. locat.* si autem usus, ad breve saltem tempus, imminuatur, integra nihilominus merces præstanda erit *l. 27. eod.*

§. 26. Si casus rem totam auferat, obligatio solvendi mercedem quoque desinit *l. 9. §. 1. l. 15. §. 2. in fin. l. 19. §. 6. l. 33. locat.* ob culpam accedentem, locator etiam interesse præstare debet, v. gr. si tertius, à locatore sine causa irritatus, damnum dederit *v. l. 33. in fin. l. 35. p. l. 41. locat.* de quo dictum *§. 17.* si casus à parte conductoris accidat, merces solvenda est, nam locator contractum, à sua parte, implere paratus est. Quodsi facto conductoris res pereat, non tantum ad pensionem, sed & damnum resarciendum, idem tenebitur.

§. 27. Porro Conductor ad solvendam mercedem non obligatur, si casus circa fructus acciderit *v. l. 15. §. 2. l. 25. §. 6. ff. l. 8. C. locat. c. 3. X. eod.* Requiritur tamen, ut calamitas inconsveta & non prævisa *d. l. 15. §. 2. l. 9. §. 1. locat. l. 13. §. 6. de damn. inf.* extrinsecus *d. l. 15. §. 2. 5. locat.* circa fructus nondum perceptos i. e. à solo separatos *l. 13. quib. mod. usfr. fin. l. 48. de A. R. D. l. 78. de R. V. l. 25. §. 1. de usur.* CARPZ. *p. 2. C. 37. D. 20.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 608.* sine conductoris

ctoris culpa efficaci *v. l. fin. §. 1. ad L. Rhod. de jact.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 609.* evenerit, eaque damnum satis grave conductori inferat *l. 25. §. 6. locat. c. 3. X. eod.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 610.*

§. 28. De hoc ergo ut constet, omnium annorum reditus prudenter æstimari debent, hinc ob præcedentis anni ubertatem, remissio pensionis denegatur, ob secutam, facta resolvitur *l. 8. C. l. 15. §. 4. locat.* CARPZ. *p. 2. C. 37. D. 12, 13.* sicut etiam sterilitas, in altera re contingens, ubertate, circa aliam, eodem contractu locatam, eveniente, pensatur. In æstimanda autem læsione, non præcise respiciendum est ad sanctionem *l. 2. C. de rescind. vendit.* ceu nonnullis videtur *v.* CARPZ. *d. l. D. 11.* sed potius, ex æquitatis præscripto, hæc res dirimenda, nam *d. l. 2.* pertinet ad læsionem, quæ, circa contractus constitutionem, ex sola pretii inæqualitate, oritur, adeoque ad præsentem quæstionem referri non debet.

§. 29. Licet vero præcedens sententia, ab indole hujus contractus, non plane abludat, ac in foro etiam fere observetur, attamen nec contraria, quæ remissionem pensionis conductori simpliciter denegat, ratione destituitur, utut aliquando contrarium mihi placuerit *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 612.* nam si rem recte expendamus, in locatione rei non hoc agitur, *ut locator fructus præstet*, hoc enim in ejus potestate positum non est, adeoque etiam id promisisse censeri non potest, sed *ut rem, ferendis fructibus, aptam concedat*, hoc igitur facto, jus exigendi mercedem consecutus videtur, utcunque deinceps res ceciderit *v.* PUFENDORF *de J. N. G. l. 5. c. 6. §. 2.*

§. 30. Quicquid sit, illud certum, quod, si quis fructus alicujus anni pendentes, ac in specie gramen emat, ad emtorem pertineat periculum *v. l. 78. §. fin. de C. E. V. l. 25. de A. E. V.* STRUV. *S. J. C. exercit. 23. §. 26.* quemadmodum etiam, colonus partiarius remissionem mercedis petere nequit, cum nullam solvat, sed damnum, lege societatis, ad ipsum & locatorem, æqualiter pertineat *l. 25. §. 6. locat.* Neque emtori, qui rem, donec pretium solvatur, conduxit *v. l. 20. 21. locat.* merces, ob casum fortuitum, remittenda videtur, nam, emtione perfecta, periculum est emtoris, ac merces, loco usurarum, hic solvitur.

§. 31. Quod si conductor pacto casus fortuitos in se receperit, tum itidem mercedis remissionem petere nequit, circa pacti tamen hu-

jusmodi interpretationem interpretes non adeo consentiunt *v.* CARPZ. *p. 2. C. 37. D. 17.* VINN. *S. Q. l. 2. l. 1.* sed rationis est, ne verba nimium captemus, sed aliarum etiam circumstantiarum, in pacto interpretando, habeamus rationem. Ob contingentem majorem ubertatem, pensio non augetur *l. 25. §. 6. locat.* censetur enim in hoc lucrum locator consensisse *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 613.* id quod, admissa sententia, de qua §. 29. indubium est.

§. 32. Porro datur actio locati (2.) ad hoc, ut conductor rem, finita locatione, in specie restituat *v. l. 25. 34. C. de locat. v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 618.* (3.) ut damnum dolo & culpa datum resarciat *v. l. 9. §. 3. l. 11. §. 2. 3. l. 13. §. 1. 6. 7. 8. l. 25. §. 3. 4. l. 31. in fin. l. 41. locat.* Censetur autem conductor regulariter de culpa levi saltem esse obligatus, cui defendendo, in variis textibus, qui assertionem turbare videntur *v. l. 28. C. locat. §. pen. I. de locat. junct. l. 14. §. 10. de furt. l. 25. §. pen. l. 13. §. 6. locat. l. 13. §. 1. de liberal. caus.* explicandis, vulgò occupantur. Sed exiguæ sollicitudo illa videtur esse utilitatis, cum raro, ex natura contractus, præstatio culpæ sit definienda *v. l. 2. c. 3. §. 14. 15.*

§. 33. Casum fortuitum non præstat conductor, nisi culpa accesserit vel pactum *l. 9. §. 2. l. 11. §. 1. 4. locat.* sola tamen rei locatæ æstimatio, pactum tale regulariter non continet *v.* CARPZ. *p. 2. C. 37. D. 16.* RICHTER *Dec. 81. n. 13. seqq.* Hinc nec de facto famulorum conductor tenetur, nisi culpa ejus interveniat, dum, in iis eligendis, debitam circumspectionem non adhibuit, ac hi in officio deliquerunt *l. 11. pr. locat. l. 27. §. 9. 11. ad L. Aquil. l. 3. pr. de public. Decis. Saxon. 79.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 619.*

§. 34. Cum igitur conductor damni restitutionem, casus fortuiti obtentu, deprecari, contra vero locator, illi obligando, culpam allegare soleat, ideo uterque, ex generali principio, quo affirmanti incumbit probatio, assertum suum probare debet *v. l. 5. C. de pign. action.* CARPZ. *p. 2. C. 26. D. 17. 19.* id quod etiam de culpa levissima dicendum, nam non magis hæc, quam levis aut lata, præsumitur *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 620. add.* CARPZOV. *d. l. D. 18.* LAUTERB. *C. J. locat.*

§. 35. Locatio conductio aliquando *ab initio statim invalida est*, ob dolum, metum, errorem similemque causam, fere juxta doctrinam *c. 2. §. 31. seqq. c. 3. §. 9.* aliquando *legitime inita*, *ex postfacto desinit*, id

id quod generaliter ex *consensu*, quo vel contractus formatur, vel qui postea supervenit, dependet, adeoque naturale est, in explicando tamen magisque determinando contrahentium consensu, magnas partes habere solent leges positivæ.

§. 36. Finitur ergo locatio (1.) *mutuo dissensu*, quod indubium. (2.) *elapso tempore*, ad quod expresse vel tacite fuit contracta *l. 13. §. f. l. 14. ff. l. 11. 32. C. locat. l. 9. §. 1. de public. l. 3. §. 6. de jur. fisc.* vid. *l. 11. §. fin. de public. l. 4. 5. C. de locat. præd. civil. lib. 11. tit. 70.* Ante tempus vero finitum, neuter à contractu discedere potest *l. 24. §. 2. l. 27. §. 1. l. 55. §. f. ff. l. 3. 15. 21. C. locat.* sive quis ipsemet contraxerit, sive, ejus nomine, alius, ut tutor, curator vel procurator *v.* CARPZ. *l. 5. Rsp. 78.* ZOES. *ad ff. locat. n. 50.*

§. 37. Aliquando tamen locator ante tempus, recte discedit ob justam causam, nempe si merces non solvatur *l. 3. C. l. 54. §. 1. l. 56. ff. c. 3. X. locat.* indigentia propria superveniat CARPZ. *p. 2. C. 37. D. 6. 7. p. 2. Dec. 137.* res locata necessario sit reficienda *l. 30. pr. l. 27. locat. c. 3. X. eod.* conductor re locata physice vel moraliter abutatur *l. 3. C. locat.* quo casu ad interesse quoque tenetur, sed in præcedentibus saltem, pro rata temporis, mercedem solvit; denique si hæres conductoris non appareat *l. 15. §. f. l. 16. locat. v.* LAUTERB. *C. J. locat. lit. ɔ. add.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 594. 595. 596.*

§. 38. In locatione operarum, ob duritiem dominorum, locatores quandoque recte etiam, ante tempus, discedunt *v. §. f. I. de his qui sui vel alien. jur.* Non minus quoque conductores rem, ante præfinitum tempus, relinquere aliquando possunt, si scilicet res ad usum minus idonea reddatur *l. 25. §. 2. locat. l. 13. §. 6. l. 28. 33. de damn. inf.* in specie illam deserere possunt, ob metum hostium, quo tamen casu, discessum, si fieri queat, domino denunciare debent *l. 13. §. 7. l. 34. locat.* item ob metum pestis vel spectrorum *l. 27. §. 1. l. 28. eod.* cessante vero metu, locationem continuare tenentur, facta, pro ratione temporis, quo uti non potuerunt, mercedis remissione *l. 27. §. 1. l. 55. §. 2. locat.* CARPZ. *p. 2. C. 37. D. 10.* LAUTERB. *C. J. d. l.*

§. 39. Finitur quoque locatio aliquando (3.) *morte*, si scilicet contractus, ad personas contrahentium, sit restrictus, ut si tale quid conductum sit, quod per alium expediri nequeat *l. 13. C. de contrah. stipul.*

aut aliter fieri nolit *v. l. 38. pr. de solut.* vel si contractus initus sit, quoad contrahentes voluerint *l. 4. locat.* aut si locatoris jus, quod in re habet, ejus morte exspiraverit *v. l. 4. §. 3. de in diem addict. l. 31. de pignor.* Alias regulariter hæredes stare debent locationi *§. f. I. de locat. l. 10. C. l. 60. §. 1. ff. eod.* CARPZ. *p. 2. C. 37. D. 1.* quod etiam de fisco, in bona vacantia, vel ob delictum, generaliter succedente, dicendum *l. 51. §. f. de fidejussor. l. 2. C. de vi publ.* Locatio tamen ab hærede fiduciario facta, fideicommissarium non obligat *l. 41. §. 3. de vulg. & pupill. subst.* licet enim hic in effectu hæres sit *l. 5. §. 1. quod cum eo qui l. 44. §. 1. ad SCt. Trebell.* attamen non est hæres fiduciarii *add.* LAUTERB. *C. J. d. l.*

§. 40. Denique finitur locatio (4.) *successione singulari*, est autem hæc duplex, vel enim quis succedit *jure proprio*, dum jus locatoris temporarium exspiravit, hoc casu evidens ratio est, quare successor locationi stare non debeat, nam locator durabiliorem locationem promittere non potuit, quam ejus jus permisit, vel *voluntate locantis*, hoc quoque casu successor conductorem expellere poterit, censetur enim facta locatio, salvo jure alienandi *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 597.* quæ ratio, etiam in locatione, ad longum tempus, facta, & quoad successorem gratuitum, ac contra colonum partiarium obtinet.

§. 41. Primi generis successores sunt (1.) proprietarius, qui, finito usufructu, rem recipit *l. 9. §. 1. locat.* (2.) fiscus, rem singularem publicatam occupans *l. 33. eod.* (3.) successor feudi, causam succedendi ab antecessore non habens *v.* RICHT. *Dec. 81. n. 11.* (4.) Mulier, rem dotalem, soluto matrimonio, recipiens *l. 25. §. f. sol. matrimon.* (5.) successor Majoratus MOLIN *de primog. l. 1. c. 21. n. 3.* qualis successio, in Germania, non valde usitata est: Non vero (6.) Status imperii Germanici, hic enim contractus antecessoris regulariter servare tenetur *v.* SPECIM. JUR. PUBLIC. *l. 4. c. 5.*

§. 42. Secundi generis sunt (1.) emtor *l. 25. §. 1. ff. l. 9. C. locat.* CARPZ. *p. 2. C. 37. D. 4.* (2.) Legatarius *l. 32. locat. l. 120. §. 2. de Legat. 1.* (3.) usufructuarius *l. 59. §. 1. de usufr.* (4.) maritus rem locatam, in dotem accipens CARPZ. *p. 2. C. 37. D. 2. n. 8.* (5.) donatarius similesque, qui ex titulo habili, sive oneroso sive lucrativo, rem à locatore accipiunt. De cætero jus expellendi his successoribus adeo competere censetur, ut

neque

neque locatoris promissione, licet jurata, de contractu servando, neque nuda rei locatæ oppignoratione, sed promissione & oppignoratione simul, demum contra illud, conductor sibi prospicere queat *l. 7. de distract. pign.* LAUTERB. *C. locat. lit. C.* licet, de priori assertione, non immerito dubitari possit *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 598. 599.*

§. 43. Conductor à primi generis successore expulsus, à locatore vel ejus hærede, nihil nisi pensionis remissionem exigere potest, nisi locator ignorantem conductorem, rei qualitatem celaverit, vel resolutionem aut amissionem juris procuraverit, ut si jus dotale, divortio, vel ususfructus, cessione solvatur, aut ob delictum res amittatur, nam tum id, quod interest, conductori præstare tenetur *l. 9. §. 1. l. 33. locat. l. 25. §. f. solut. matrim.* Quodsi autem à secundi generis successore expellatur, à locatore vel ejus hærede regulariter interesse postulat *l. 24. §. 4. l. 32. locat. l. 120. §. 2. de legat. 1. add.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 600.*

§. 44. Aliquando successor singularis conductorem expellere nequit, si rem fiscalem emerit *l. fin. de jur. fisc. l. 3. C. de mancip. & colon. patrim. lib. 11. tit. 62.* aut in locationem consenserit *l. 9. C. locat. l. 59. §. 1. de usufr.* ex sola tamen locationis scientia, consensus colligi nequit *l. 8. §. 15. quib. mod. pign. solv.* Creditores quoque ex primo decreto, vel saltem, ad effectum percipiendorum fructuum, missi, conductorem expellere nequeunt *l. 8. §. 1. de reb. autor. judic. possid.* sed si iis dominium adjudicetur, aut si quis, sub hasta rem debitoris emat, hi omnes jus expellendi habent, licet cum aliis dissentiat CARPZ. *p. 2. C. 37. D. 4. n. 6.* LAUTERB. *d. l.* nec videntur conductores expulsi, ab obærato debitore, interesse petere posse, cum rei locatæ conditionem sciverint.

§. 45. Sicut autem conductor regulariter à successore singulari potest expelli, ita & ille à locatione potest discedere, licet hic eam continuari velit *l. 32. locat.* nec potest locator jus suum successori cedere, aut alio modo efficere, ut invitus conductor in locatione manere debeat, nam in ea, perinde ac in societate, ad personam habetur respectus, & iniquum esset, si, facta alienatione, locatori quidem integrum foret, à contractu discedere, conductori vero tantundem non liceret *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 601.* de quo *c. 4. §. 8.* jam dictum.

CAPUT VII.
DE SOCIETATE.

SUMMARIA.

§. 1.



SOcietas est *contractus consensualis de rebus vel operis, communis negotiationis aut œconomiæ causa, conferendis v. l. 5. §. f. pro soc. l. 32. §. 24. de donat. inter V. & U. l. 35. §. 5. de m. c. donat.* Distingvitur in *societatem* omnium *bonorum*, ex qua communis œconomia oritur *l. 3. §. 1. l. 7. pro soc.* hinc omnia sunt communia, & sumtus quoque, quibus quisque sociorum indiget, promiscue ex rebus communibus sumuntur *l. 1. §. 1. l. 3. §. 1. l. 52. §. 16. l. 73. pro soc. l. 39. §. 3. fam. ercisc.* licet magna inde oriatur inæqualitas; *bonorum simpliciter* & *particularem*, ex qua negotiatio communis, gradibus suis iterum distincta, existit *v. l. 7. seqq. l. 5. pr. l. 52. §. 5. 6. l. 67. §. 1. pro soc. l. 39. §. 3. fam. erc. l. 4. C. comm. utri. judic. l. 8. C. si quis sibi vel alt.*

§. 2. Ex societate oritur *communio*, quæ tamen aliquando, sine speciali societatis contractu, quoque existit *l. 2. comm. divid. l. 31. pro soc. l. 25. §. 16. fam. ercisc.* imo nihil vetat, quo minus ipsam etiam communionem, societatis nomine exprimamus, nam nihil frequentius est, quam ut, *statum juris communis*, societatem dicamus, in specie frequentissimæ illæ locutiones: *socius omnium bonorum*, vel *particularis*, significatum illum exhibent.

§. 3. Per-

§. 3. Perficitur contractus societatis, solo consensu *l. 19. pro soc.* verbis vel factis declarato *l. 4. 31. 44. pro soc. l. 2. C. eod.* hinc inter eos quoque, qui rem communiter legatam acceptant, tacita Societas potest, asseri, quatenus tamen, ratione temporis futuri, affectum societatis habendæ, non declarant, eatenus societas adesse negatur, in quem sensum accipienda *l. 31. pro soc. l. 25. §. 16. fam. erisc.* Possunt etiam quidam esse socii, inter se, non ratione exterorum *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 481.* quemadmodum etiam quis, cum pluribus, diversas societates inire potest, hinc socii mei socius, mihi statim socius non est *l. 19. 20. 31. pro soc.*

§. 4. Possunt inire societatem omnes, qui contrahendo se obligare valent. *v. l. 16. §. fin. de alim. leg.* quæ disquisitio incidit in locum communem de pactis. Initur societas quoad res in commercio existentes *l. 63. §. fin. pro soc.* & operas licitas *l. 5. §. 1. l. 71. eod.* societas, intuitu factorum turpium, inita, non valet in vim contractus, sed delicti *l. 52. §. 17. l. 53. seqq. pro soc. l. 1. §. 14. de vi & vi arm.*

§. 5. Ad societatis effectum, seu jura & obligationes sociorum intelligenda, observandum est, quod socii, vel *inter se*, vel *intuitu exterorum*, considerari possint. Primo respectu, intelligendis juribus & obligationibus, triplex societatis status distingvendus est, *initæ*, quando consensus plene datus est, *consummatæ*, ubi rerum vel operarum collatio accessit, & *solutæ*, quando affectus continuandi societatem desinit.

§. 6. Societate *inita*, & quidem omnium bonorum, jura realia & res præsentes, ipso jure, sine interveniente traditione, communicantur *l. 1. §. 1. l. 2. pro soc.* cum enim nimis molestum foret, omnium rerum reciprocam suscipere traditionem, ideo, à regula sua, hic discessit jus Romanum: Nomina vero cedi debent *l. 3. eod.* nam respiciunt exteros, quibus societas inita, non est satis cognita, hinc, quo socius in hos agere valeat, cessione socii opus est. Postea acquisita socio itidem, ipso jure, non acquiruntur, sed demum per traditionem *l. 74. pro soc.* nam hic manet regula, cum faciendæ exceptionis nulla subsit ratio.

§. 7. In societate vero particulari, consensu dato, sociis, juxta regulam, saltem acquiritur jus personale, cujus vi, rerum collationem, vel operarum præstationem exigere possunt *l. 1. §. 1. l. 58. §. 1. pro soc.*

De

De cætero vel hoc intenditur, ut per collationem, *dominium fiat commune*, vel ut saltem, quoad *fructus introducatur communio*, quo casu res collatæ salvæ sunt aut pereunt domino, qui eas contulit. Prior contrahendi ratio in dubio præsumitur, quando ab utroque, res; posterior vero, quando ab uno, res, ab altero, opera confertur *v. l. 44. 52. §. 2. l. 58. pr. §. 1. pro soc. l. 13. §. 1. de P. V.* VINN. *S. Q. l. 1. qu. 54.* LAUTERB. *C. J. pro soc.*

§. 8. Societate *consummata* & constante, Socii omnium bonorum ex communi massa vivunt, ac quisque, pro ratione indigentiæ suæ, rebus communibus utitur: Lucrum & damnum est commune, nec divisioni locus est, cum nemo proprii quid habeat, nisi quod in usus suos statim consumit. Quæ tamen socius, ob delictum, præstare debet, ex communi non consequitur *l. 52. §. 18. pro soc.* quod ita intelligendum videtur, ut, soluta societate, socio id deducatur, nisi cæterorum condonatio accesserit *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 482.*

§. 9. Socii autem particulares lucrum & damnum fortuitum, vel utriusque culpa eveniens, dividere, voluntarium vero damnum resarcire, ac collatam utilitatem rependere debent. Divisio lucri & damni, fit vel juxta *naturam contractus*, habita rerum & operarum collatarum ratione *l. 6. 80. 83. pro soc.* adeoque aliquando æqualiter *l. 29. pr. eod.* vel juxta *specialem conventionem*, quæ diversi generis est *§. 1. 2. I. de societ. l. 29. §. 1. pro soc. l. 38. de C. E. V.* societas tamen leonina, ob contradictionem, invalida videtur *d. l. 29. §. 2. pro soc.* nisi forte conditio personarum aliud suadeat *add.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 485. 486.* Possunt etiam partes lucri & damni, ex postfacto, socii vel tertii arbitrio, determinari *l. 6. 76. seqq. pro soc.*

§. 10. Denique, *soluta* societate, præstationes modo memoratæ recurrunt, ac insuper rerum communium separatio ac restitutio fieri debet. Censetur autem, in societate omnium bonorum, divisio lucri & damni, æqualiter esse facienda, licet res inæquales sint collatæ LAUTERB. *C. J. pro soc.* hinc nec, ex cujus rebus emolumentum provenerit, aut, quis lucri vel damni causa sit, considerandum erit, quæ interpretatio, ex rationibus amicitiæ singularis, quibus societas omnium bonorum coalescere solet, repeti debet. Delictum tamen dolosum, autorem suum tenet. *§. 8. h.*

§. 11. Sol-

§. 11. Solvitur autem ſocietas *conſenſu*, quem contractus hujus natura, vel communis vel propria admittit. Solvitur ergo (1.) mutuo conſenſu *l. 64. 65. §. 3. pro ſoc.* (2.) unius renunciatione *l. 4. §. 1. eod.* nam renunciandi facultas contractui huic, ob communem mortalium affectum, ineſſe debet *l. 65. §. 11. eod.* declaratur autem voluntas verbis vel factis *l. 65. pr. eod.* requiritur tamen juſta cauſa, ſi ad certum tempus ſocietas inita ſit *l. 14. l. 65. §. 6. eod.* ſi vero tempus non ſit additum, renunciatio ſemper quidem, ſed tamen ſine dolo, fieri poteſt, alias renuncians ſocio obligatus manet *l. 65. §. 3. 4. 5. 6. l. 17. §. 1. pro ſoc.*

§. 12. Porro ſolvitur (3.) morte *l. 4. §. 1. l. 63. §. f. l. 52. §. 9. l. 59. pr. l. 65. §. 9. pro ſoc.* etiam civili *l. 4. §. 1. l. 63. §. f. eod.* quæ hodie raro occurrit *add. l. 58. §. 2. l. 65. §. 11. eod.* ratione tamen ſocietatis præteritæ, jura & actiones manent *l. 63. §. 8. l. 65. §. 9. eod.* imo, ob mortis ignorantiam probabilem *l. 65. §. 10.* vel negotiorum cohærentiam *l. 40. eod.* in futurum quoque extenduntur (4.) negotio finito *l. 65. §. 10. pro ſoc.* (5.) rerum, quarum intuitu ſocietas contracta eſt, amiſſione *l. 63. §. f. l. 65. §. 1. 12. eod.* (6.) elapſo tempore *l. 65. §. 6. eod. conf.* OBSERV. LAUTERB. *Obſ. 491. 492. 493.*

§. 13. Poterit ſocietas pure & ſub conditione contrahi *l. 6. C. pro ſoc.* ex tempore etiam, vel ad tempus, & in perpetuum ad dies vitæ *l. 1. pro ſoc.* quod ultimum tamen de *affectu*, non *effectu* accipiendum eſt *l. 14. 70. eod. l. 77. §. 20. de Legat. 2.* Quantacunque etiam pœna, ratione *facti*, à ſocio præſtandi, adjici poſſe cenſetur, ſed ratione *quantitatis*, non alia, quam quæ legitimas uſuras non excedat *l. 15. C. de uſur.* STRYK *in not. ad* LAUTERB. *pro ſoc.*

§. 14. Contra ſocios, officia ſponte non implentes, comparata eſt actio pro ſocio, quæ eſt *actio perſonalis, competens inter ſocios, ad id, quod illi ſibi invicem, ratione ſocietatis, præſtare tenentur.* Eſt utrinque directa *§. 2. I. de pœn. tem. litig.* rei perſecutoria *§. 17. I. de action.* ac interdum generalis *l. 38. pro ſoc.* famoſa *l. 1. de his qui not. infam. §. 2. I. de pœn. tem. litig.* & non in ſolidum comparata *l. 63. pr. pro ſoc.* Poteſt illa inſtitui quidem, ſocietate inita, conſummata & ſoluta, ſed, ſi hominum affectum ſpectemus, vix aliter, quam ultimo caſu, locum habet *v. l. 65. §. 15. pro ſoc.* OBSERV. LAUTERB. *Obſ. 487.*

§. 15. Competit actio inter socios & hæredes *l. 35. 63. §. 8. pro soc. v. §. 12. n. 3. h.* & potest quidem ad omne illud agi, ad quod socii, sibi invicem obligantur, adeoque in specie etiam, ad res conferendas *l. 73. 74. pro soc.* sed tamen, ob quasvis præstationes, actio institui non solet, ceu modo dixi. Fere igitur ad eas tantum illa referenda erit, de quibus, finita societate quæri solet.

§. 16. Hinc pertinet actio (1.) ad lucrum communicandum (2.) rationem administrationis reddendam, adeoque aliquando ad inventarium vel juratam specificationem edendam *v.* RICHTER *p. 1. Dec. 58. n. 13.* (3.) ad damnum dolo vel culpa, ex personæ conditione potissimum æstimanda *l. 72. pro soc. §. fin. I. eod.* datum, resarciendum *l. 52. §. 2. eod.* nec poterit lucrum cum damno compensari *l. 23. §. 1. l. 25. seqq. pro soc. v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 488.* (4.) ad expensas, societatis nomine factas, recuperandas *l. 38. §. 1. l. 52. §. 15. l. 67. §. 2. pro soc.* & si quæ ejus generis adhuc aliæ sunt præstationis.

§. 17. Damni fortuiti restitutio, in hanc actionem, non venit, sed si contingat illud, in re communi, ad socios simul pertinet, si in re unius socii propria, nec propter causam societatis, ille solus id ferre cogitur, hinc hactenus saltem aliquando agi potest, ut socius partem damni ferat *v. l. 52. §. 3. 4. l. 58. pr. §. 1. l. 60. §. 1. l. 61. pro soc.* Divisio quoque rerum communium, non hac, sed actione communi dividundo, peti debet *l. 1. comm. div. l. 41. pro soc.* quæ misera & nullius usus est subtilitas *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 489.* Socio condemnando competit beneficium competentiæ *l. 63. pr. pro soc.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 490.* modo is dolum non admiserit *d. l. 63. 67. §. f. pro soc. l. 22. §. 1. de re judic.*

§ 18. Quod si Socii intuitu *Exterorum* considerentur *v. §. 5. h.* tum illud quidem satis certum est, quod ex contractibus, socii aliis, & hi illis, naturaliter obligari queant, sed *an* & *quomodo* omnes & singuli, inde obligentur, illud non adeo expeditum est *v.* LAUTERB. *C. J. pro soc. in fin.* Mihi probabile videtur, quod, *si omnes socii simul contrahant*, pro correis credendi & debendi, illi haberi debeant, nam contractus societatis præcedens efficit, ut omnes unius personæ vice velut fungantur.

§. 19. Si vero *unus ex sociis contrahat nomine proprio*, intuitu

tamen

tamen societatis, tum contractus ad ipsum solum pertinet, reliqui vero exinde neque agere, neque conveniri possunt, nam contrahens solum socium contrahentem, non reliquos, respexit *v. l. 13. seqq. C. si cert. petat.* si tamen res, in utilitatem societatis, versa sit, tum, ob acceptam utilitatem, reliqui etiam conveniri possunt *l. 82. pro soc.*

§. 20. Denique si *unus contrahat, nomine societatis*, quod quidem non ex eo solum æstimandum est, si nomen societatis prætexatur, sed potius, si secundum societatis legem, de rebus, ad eam pertinentibus, contrahatur, tum contractus ad omnes socios, velut correos, pertinet, adeo ut singuli in solidum agere & conveniri queant, ob rationem §. 18. datam *v.* CARPZ. *p. 2. C. 17. D. 12.* PERETZ. *ad C. de duob. reis. n. 17.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 494. seqq.*

CAPUT IIX.
DE MUTUO.

SUMMARIA.

Mutuum hodie est contractus consensualis *§. 1.*
Gratuitum & fœneratitium *§. 2.*
Perficitur solo consensu *§. 3.*
Quinam mutuum dare possint, nec ne *§. 4.*
Quinam illud accipere *§. 5.*
Filiifam. ob SCtum Macedonianum, ex mutuo non obligantur, ejus tamen vis aliquando cessat *§. 6. 7.*
Hodie illius, quoad Patres, nullus vel exiguus usus *§. 8.*
Mutuum etiam per procuratorem contrahi potest *§. 9.*
Ejus materia *§. 10.*
Ex mutuo obligatur mutuans ad rei traditionem *§. 11.*
Qua dominium transfertur *§. 12.*
Mutuatarius tantundem reddere tenetur *§. 13.*
Et quidem in genere *§. 14.*
Cum usuris *§. 15.*
Contra invitos datur actio *§. 16.*

§. I.



Utuum hodie est *contractus consensualis, de re fungibili danda, eademque, ex eodem genere, suo tempore, vel cum, vel sine usuris, restituenda.* De jure quidem civili, præter consensum, rei traditio, ad perfectionem mutui requiritur *pr. I. quib. mod. re contr. oblig.* hinc *pactum præparatorium*, quo quis pecuniam mutuo dare rogatur, à mutuo distingvi, & hoc, pro contractu *reali* & *unilaterali*, haberi debet. Sed illa, pactorum nudorum consectari hodie ex-

explodenda sunt, ac totum negotium, quod inter mutuantem & mutuatarium intercedit, pro *uno*, eoque *consensuali* & *bilaterali* contractu, est habendum *v.c.1. §.2.h. add.* OBSERV. LAUTERB. *Obs.305.*

§.2. De jure civili, omne mutuum quoque est gratuitum, sed & hoc, ex priori hypothesi, fluit; Igitur hodie nihil vetat, quo minus mutuum, in *gratuitum*, quod, sine necessitate solvendi usuras, habetur, & *fœneratitium*, in quo, & ob usum, & ob moram, usuræ solvi debent, discernatur. Cum etiam, usu hominum, contractus formentur, & plerumque mutuum, sub lege solvendarum usurarum, detur, ideo, in dubio, fœneratitium præsumendum erit.

§.3. Perficitur Mutuum hodie, *solo consensu*, quo quis rem fungibilem dare, ac alter ejusdem generis, quantitatis, & qualitatis restituere promittit: Traditio & restitutio, ad executionem pertinent, quæ quidem, juxta naturam hujus contractus, successive fieri debet, hinc etiam mutuum, perinde ac locatio & conductio, est contractus successivus, non simultaneus. De cætero requiritur consensus verus, nam si error interveniat circa ipsam dominii translationem, mutuum non contrahitur *v.l.18. de R.C.l.36. de A.R.D. v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs.306.*

§.4. Mutuum dare possunt, qui liberam rerum suarum habent administrationem, nec specialiter prohibentur. Nonnulli igitur vi regulæ excluduntur, ut mente capti *l.12. de R.C.* pupilli *l.19. §.1. eod. l.9. pr. de autor. tutor.* minores *l.3. C. de in integr. restit.* prodigi *l.6. de V.O.* contractus tamen, de facto initus, ex postfacto aliquando convalescit *l.11. §.f. l.12.19. §.1. de R.C. l.24. de O. & A. §.2. I. quib. alien. lic. v.l.15. de reb. dub.* Alii specialiter excipiuntur, ut Præsides provinciarum *l.33. de R.C.* quod hodie nullius usus.

§.5. Mutuum accipere possunt omnes, qui contrahendo se obligare valent, nec specialiter ab hoc contractu removentur, personæ singulares & integra collegia *l.15. ad SCt. Maced. l.16. de V.S.* modo, eorum nomine & voluntate, mutuum accipiatur, alias inde illa non obligantur, nisi versio in eorum utilitatem probetur *l.27. de R.C. Dec. Saxon.16.* CARPZ. *p.2. C.6. D.18.19.* RICHTER *Dec.71.* Quidam ergo excluduntur vi regulæ, de quibus *§.prac.* quo etiam pertinent luxuriosi *l.12. §.11. mand. l.24. §.4. de minor.* alii specialiter excipiuntur, ut filiifam.

§.6. Hi

§. 6. Hi enim, ob dispositionem SCti Macedoniani, mutuam pecuniam valide accipere nequeunt *l. 1. 9. §. pen. de SCt. Maced. l. 40. de condict. indeb.* hinc si ob datam pecuniam agatur, tam ipsi filiifam. quam eorum Patres, exceptione SCti Macedoniani se tuentur *l. 7. pr. §. 4. 10. l. 9. §. 3. ff. l. 6. C. de SCt. Maced.* CARPZ. *p. 2. C. 10. D. 16.* Aliquando tamen SCtum cessat, si filiusfam. miles sit *l. fin. §. 1. C. de SCt. Maced.* aut sui juris factus debitum agnoscat *l. 2. C. eod.* vel si Creditor conditionem filiifam. probabiliter ignoraverit *l. 1. C. eod.* aut mutuum, extingvendo debito efficaci, sit acceptum *l. 7. §. 14. ff. eod.*

§. 7. Inprimis cessat, si Pater *v. l. 14. de SCto Maced.* in mutuum filii, expresse vel tacite, ab initio vel ex postfacto, consenserit *l. 7. §. 11. 15. l. 12. l. 16. 18. ff. l. 2. 7. C. de SCt. Maced. l. fin. quod cum eo qui in alien.* CARPZ. *d. p. 2. C. 10. D. 16.* vel pecunia, in patris utilitatem, versa sit *l. 7. §. 12. 13. l. 17. ff. l. 2. 5. C. de SCto Maced. l. 3. §. 1. 3. l. 7. §. f. de in rem vers.* Hinc si quis filio, studiorum gratia, ad Academiam misso, intra probabilem modum, ad promovenda studia, pecuniam dederit, Pater inde tenetur, licet pecunia male consumta sit, nam Pater in creditum consensit *v. l. 7. §. 11. ff. l. 2. 5. C. de SCt. Maced. l. 1. §. 9. l. fin. de exerc. action. l. 5. pr. de tributor. action.* Si vero filio, contra voluntatem Patris, studiis Academicis vacanti, à sciente credita pecunia sit, tum repetitio non aliter locum habet, quam si in utilitatem Patris versa sit *vid.* LAUTERB. *C. J. de SCto Maced.*

§. 8. Hodie SCti Macedoniani, quoad Patres, nullus vel exiguus est usus, nam apud Romanos, ob concessum peculium profectitium, ex contractibus filiorumfam. regulariter Patres obligabantur, sed quoad mutuum pecuniæ, ipsis succurrebat SCtum Macedonianum, cujus adeo, ex hypothesibus Romanis, magna erat utilitas: Hodie vero liberis, prolixiora peculia profectitia, non conceduntur, hinc, cessante imputationis fundamento, neque ex mutuo, neque ex ullo alio contractu, Patres, jure communi, tenentur, nisi vel consensus, vel versio in utilitatem accesserit. Quoad ipsos autem filiosfam. SCti adhuc usus est, quanquam illi, sui juris facti, eodem, ex generositate, sæpe non utantur conf. OBSERV. LAUTERB. *Obs. 428. seqq.*

§. 9. De cætero mutuum, etiam per procuratorem, dari *l. 9. §. 8. de R. C.* & accipi potest *l. 6. §. 1. de N. G.* ubi quidem id singulare est,

quod procurator sit solum instar nuncii, adeoque omnis actio, ei vel in eum, cujus nomine data aut accepta pecunia est, competat; cum alias procuratoribus actiones directæ acquirantur *l. 13. §. 25. de A. E. V.* quæ singularitas ex eo forte originem habet, quod obligatio re contrahatur *v. l. 53. de A. R. D.* quæ ratio cum hodie cesset, ideo mutuum, ab aliis contractibus consensualibus, hac in parte, non amplius separandum videtur. Sed quivis hic suo sensu abundet, cum fabula actionis directæ & utilis hodie in genere nullum habeat usum.

§. 10. Materia mutui sunt res fungibiles, creditoris propriæ, vel illius nomine, domini consensu, solutæ *l. 2. §. 1. 4. l. 9. §. 8. de R. C. l. 35. §. 5. de C. E. V. l. 2. C. per quas pers.* si nummi alieni soluti sint, mutuum non valet, si tamen consumtio accesserit, domino quiescente, Creditori datur condictio *l. 11. in f. l. 12. in fin. l. 13. pr. de R. C. l. 2. 7. C. si cert. pet.* dominus vero, si suo jure uti velit, extantes vindicat, consumtos vel condictione sine causa *l. 32. de R. C.* vel actione, à creditore cessa, repetit *l. 11. §. f. ff. l. 2. C. eod.*

§. 11. Mutuo inito, mutuans, ad exsolvendam pecuniam promissam obligatur, quæ obligatio jure civili cessat, nisi pactum præparatorium, verbis solennibus seu stipulatione sit celebratum, tum enim promissor, ex peculiari contractu verbali, tenetur. Sed hodie de verbis solennibus non laborandum, verum obligatio mutuantis, ex ipso mutuo, velut contractu consensuali, repetenda est, eaque, consensu serio interposito, semper obtinet.

§. 12. Transfertur autem, per traditionem, dominium *l. 2. §. 2. de R. C. l. 9. pr. de autor. tutor. l. 26. §. 2. de aur. & arg. leg.* & nihil refert, si ipse Creditor rem tradat, sive alius ejus nomine; sive tradatur pecunia, sive alia res, ex cujus venditione pecuniam redactam accipiens, mutui loco, habeat; sive traditio contractum sequatur, sive antecedat, dum quis pecuniam, quam, ex alia causa, jam penes se habet, crediti nomine retinet *v. l. 11. 15. de R. C. l. 8. C. si cert. petat. l. 19. de P. V. l. 43. §. 1. de jur. dot. l. 3. §. p. de donat. inter V. & U.* quæ omnia hodie, ubi traditio, ad consummationem, saltem pertinet, sine dubio procedunt, utut, juxta hypothesin juris civilis, nonnulli tricati sint *v. l. 34. mand.* VINN. *S. Q. l. 1. c. 40.* quæ tricæ ultro evanescunt.

§. 13. Porro, post rem acceptam, obligatur mutuatarius, ad tantundem

dem suo tempore reddendum, de qua obligatione vulgo saltem agunt. Ultra datum obligatio non contrahitur, adeo ut superfluum, nec jure donationis nec usurarum subsistat. Quæ assertio licet, de jure civili, ex eo deducatur, quod obligatio, in mutuo, re contrahatur, ac usuræ, non nisi ex stipulatu, debeantur *v. l. 11. §. 1. de R. C. l. 17. de pact. l. 9. C. de non num. pecun. l. 3. C. de usur. l. 24. de P. V.* attamen hodie quoque, cessantibus licet illis rationibus, obtinet, nam contradictionem involvit, ex mutuo obligari, & tamen ultra quantitatem acceptam, præterea talis conventio incidit in usurariam pravitatem *R. I. de anno 1577. tit. 17. §. 1. v.* CARPZ. *p. 2. Dec. 146. lib. 5. Resp. 9.*

§. 14. Regulariter autem mutuatarius non reddit eandem rem in specie, quam accepit *v. l. 2. §. 1. de R. C.* CARPZ. *l. 5. Rsp. 8.* sed aliam ejusdem generis, quantitatis & qualitatis. Quodsi aliqua mutatio rebus mutuo datis acciderit, quod quidem circa pecuniam numeratam frequenter contingere potest, tum, ad ineundam æqualitatem, tempus contractus debet observari *v.* CARPZ. *p. 2. C. 28. D. 5.* si vero res olim accepta ex suo genere, restitui nequeat ob raritatem, tum æstimatio præsentis temporis debet præstari *l. 22. de R. C.* nam si res ipsa restituta esset, præsentis æstimationis commodum vel incommodum Creditor sentiret.

§. 15. Sed ista procedunt, si secundum naturam contractus pronunciandum sit, quodsi autem specialis conventio intercesserit, tum, illam observare, par est; Talis etiam occurrit, si conventum sit, ut sors, in *moneta currente*, seu *usitata*, reddatur, tum enim non ad tempus contractus, sed solutionis respicitur. Usuras quoque præstare debet mutuatarius, non tantum ob *pactum* & *moram R. I. 1654. §. anreichend die künfftige Zins. 174.* sed &, ut arbitror, ex *natura contractus*, adeo ut, quoties remissio expressa vel tacita non intervenerit, usuræ semper solvendæ sint *v. §. 2. h.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 311. 312.*

§. 16. Contra invitos comparata est actio, quæ, stilo juris Romani, *condictio certi ex mutuo*, dicitur, quæque, ex usu nostro, est *actio personalis, competens inter mutuantem & mutuatarium, ad rem promissam, præstandam, eandemque in genere eodem restituendam.* Mutuatarius, ab obligatione reddendi, non liberatur per casum fortuitum *l. 11. C. si cert. pet.* quia hic rem debitam non afficit.

Quod

Quodsi tamen nummi alieni dati sint, & perierint, putem periculum hoc ad dominum pertinere, si nulla mutuantis aut mutuatarii culpa interveniat *v.c.2. §.29.* conf. LAUTERB. *C.J. de reb. cred.*

CAPUT IX.
DE DONATIONIBUS INTER VIVOS.

SUMMARIA.

§. 1.



REcensui hactenus famosiores contractuum onerosorum species. De aliis, v. gr. divisione hæreditatis & dotis promissione, quarum usus non æque late patet, alio loco dicendum erit; quare autem, de contractu emphyteutico, peculiariter agendum non sit, ejus ratio jam *l.3. c.11. §.6.* reddita est. Progrediendum igitur nunc erit ad contractus gratuitos *v. c. 1. §. 3.* inter quos, sepositis præjudiciis, merito primo loco collocatur donatio inter vivos *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs.* 999.

§. 2. Hæc est *contractus consensualis, quo quis, liberalitatis vel gratitudinis exercendæ gratia, alteri acceptanti quid promittit, ac, ad promissum implendum, inde valide obligatur.* Huc igitur non pertinet donatio mortis causa, quæ revocationi subjacet, ac cum legatis, maximam partem, convenit: Excluditur quoque illa inter vivos donatio, qua debitum alteri remittitur, hæc enim pactum liberatorium est, de utraque suo loco dicetur.

§. 3. Fit donatio vel *liberalitatis*, vel *gratitudinis* causa, illa gratitudinem provocat, hæc ex ea procedit, & remuneratoria dicitur *v. l. 25. §. 11. de hæred. pet.* Posterior, si spectes præstationes ipsas, ad nego-

negotia onerosa quodammodo accedit *d. l. 25. §. 11.* Prior vero, vel ex *mera liberalitate* fit, vel *ob causam*, illa est donatio propria *l. 20. §. 3. fam. erc. l. 20. pr. C. de donat. ante nupt.* vera & absoluta *l. 35. §. 2. de m. c. donat.* hæc vero impropria *l. 1. de donat.* & donatio sub modo *tot. tit. C. de donat. quæ sub mod.* ac non tantum, quoad præstationes ipsas, sed & necessitatem præstandi, negotiis onerosis, similis est.

§. 4. Fit donatio voluntate donantis, quomodocunque declarata §. 2. *I. de donat. l. 6. C. eod.* etiam facto *l. 53. 82. de R. J. l. 34. ff. l. 11. C. de N. G. l. 13. §. 2. de donat. inter V. & U. l. 26. de probat.* & acceptatione donatarii *l. 10. l. 19. § 2. de donat. l. 69. de R. J.* nihil tamen refert hodie, sive immediate, sive mediate per alium voluntate donatarii satis instructum, donatio acceptetur, sive ab initio statim adsit consensus, sive ex postfacto sequatur, hinc donatio, per alium acceptata, secuta ratihabitione donatarii, omnino convalescit *v.* CARPZ. *p. 2. C. 12. D. 20. l. 5. Rsp. 62.*

§. 5. Donatio non præsumitur, sed probari debet, id quod illa, cum omnibus aliis factis, habet commune. Quodsi autem factum aliquod voluntarium & unilaterale adsit, tum, si circumstantiæ contrarium non svadeant, animus donandi inde præsumitur, licet enim nemo suum jactare alias præsumatur *l. 25. pr. de probat. l. 7. pr. de donat.* hic tamen affectui prævalet factum *l. 53. 82. de R. J. l. 26. de probat. l. 2. §. 1. l. 40. de pact.* si vero factum sit ambigui sensus, tum ex circumstantiis, conjectura magis probabilis formanda est: Sic homo diligens potius debitum, quam indebitum solvisse creditur *l. 25. pr. de probat.* qui in utilitatem alterius quid impendit, regulariter repetitionem habet *v. l. 4. de N. G.* sed ex conditione personarum dantium vel accipientium, aliquando animus donandi præsumitur *l. 27. § 1. l. 34. ff. l. 11. C. de N. G. l. 13. §. 2. de donat. inter V. & U.*

§. 6. Donatio 500. solidos excedens actis est insinuanda §. 2. *I. de donat. l. 36. §. 3. C. eod. v.* CARPZ. *p. 2. C. 12. D. 12.* RICHTER *Dec. 22. n. 59.* ECK *dissert.* de Quot. lit. *hab. Traject. 1698. §. 5.* alias, ratione summæ excedentis, non valet *d. l. 36. §. 3.* Censetur autem illa insinuatio, etiam coram incompetente judice fieri posse *l. 27. 30. C. de donat.* etsi in urbe Constantinopolitana certus Magistratus, huic negotio fuerit destinatus *l. 32. C. eod. v.* CARPZ. *p. 2. C. 12. D. 16. l. 5. Rsp. 57. 58.*

§. 7. Ista insinuandi necessitas non pertinet ad diversas dona-

tiones, uni factas, & summam istam excedentes *l.34. §.3. C. de donat.* nec ad donationes Principum *d.l.34. pr.* aliasque *v.l.36. pr. §.1.2. C. de donat.* Eo quoque referunt donationes remuneratorias *l.27. de donat.* CARPZ. *p.2.C.12. D.15.16.* donationes tamen, piis causis factæ, insinuatione indigent *l.36. §.3. C. de donat. l. 15.19. C. de SS. Eccles.* CARPZ. *d.l. D.13.* Quodsi donatio juramento confirmata sit, vel insinuationi renunciatum, ex veriori sententia, illa valida erit, nam nullitas hic non dependet ex aliqua *prohibitione*, sed ex concessa *facultate pœnitendi*, hæc vero juramento & renunciatione tollitur.

§. 8. Vulgo tamen, dum hypotheses parum certas sequuntur, fluctuant. Juramento donationem confirmari, communior est sententia *v.* GAIL. *l. 2.O.39.* FINCKELTH. *Obs.116. n.21.* eam tamen improbat CARPZ. *p.2. C.12. D.14.* Cujus sententia, in Electoratu Saxoniæ, prævaluit *Decis. Saxon. 26.* Renunciationem IDEM quoque *d.l. n.12.13.* rejicit, quod probat LAUTERB. *C. J. de donat. lit. C.* licet, quoad juramentum, communem sequatur opinionem. Enimvero uti jusjurandum & renunciatio hic pari passu ambulant, ita ratio, qua hanc invalidam putant, quod scilicet *jus publicum pactis privatorum nequeat mutari l. 38. de pact.* male applicatur, non enim hic occurrit jus *obligans*, sed *permittens*, circa quod obtinet regula, in *l.29. C. de pact.* tradita.

§. 9. Donant, qui liberam habent rerum suarum administrationem: Non igitur impuberes & minores, licet judicis decretum accedat *l. f. C. si maj. fact.* quod tamen aliquando aliter se habere potest *v.* CARPZ. *l.5. Resp.59.* Fœminæ sine curatore non donant, & liberi in potestate existentes, patri alicubi donare nequeunt *v. Decis. Saxon. 22. 23.* Donari potest regulariter omnibus, qui liberalitatem acceptare possunt, inhabilium vices supplent tutores, similesque personæ *v.l.18. C. de Jur. delib. l.3. C. de A.R. Possess.*

§. 10. Aliquando tamen, ob certas rationes, certis personis facultas pœnitendi conceditur, inter quas adeo donatio valida non est. Talis occurrit (1.) *inter conjuges*, de qua alibi (2.) *Patrem & liberos in potestate*, nam quicquid Pater in liberos confert, revocare regulariter potest *l. fin. in fin. C. de impub. & aliis substit. l.11.17. C. de donat.* nisi intuitu militiæ *l.1. C. de castr. pec. l. 4. C. de Advoc. 1.* aut propter bene merita donatum sit GAIL. *2. O.38.*

§. 11. Do-

§. 11. Donatio etiam invalida, morte & silentio Patris confirmatur *l. 25. C. de donat. inter V. & U.* ut &, si pater in emancipatione res donatas non auferat *l. 31. §. 2. ff. l. 17. pr. C. de donat.* vel si juramento donationem confirmaverit, quod etiam de jure civili defendi potest, per ea, quæ §. 7. diximus. Donationes in emancipatos *l. 17. C. de donat.* vel à matre, in quosvis liberos, collatæ, validæ sunt *l. 3. C. de revoc. donat.* modo alias de seria donantium voluntate constet *add.* LAUTERB. *C. J. de donat. lit. S. P.* CARPZ. *p. 2. C. 12. D. 22. 23.*

§. 12. Per donationem obligationes remittuntur *l. 17. de donat.* sed illa consideratio huc non pertinet *v. §. 2. in fin h.* Deinde omnis generis jura, realia & personalia, cum suis objectis, transferuntur *l. 9. 27. de donat.* Possunt etiam donari res alienæ, ad effectum usucapiendi *l. 9. §. f. eod. j. pr. I. de usucap.* omnium bonorum donatio quoque valida censetur *l. 35. §. 4. 5. C. de donat.* CARPZ. *p. 2. C. 12. D. 26.* PERETZ *ad C. de donat. n. 19.* sed vix hoc cum hypothesi, qua pacta de viventis hæreditate, improbantur, conciliari potest *vid.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 1000.*

§. 13. Interim si omnia bona in genere donata sint, futura non continentur, quod ex affectu hominum repetere licet; Nomina tamen præsentia, sub ejusmodi donatione comprehendi possunt *v. l. 49. de V. S.* licet aliter videatur CARPZ. *p. 3. C. 2. D. 2.* Ut igitur donatio vere generalis censeri queat, requirunt, ut expresse addatur: bona præsentia & futura, mobilia & immobilia, nomina & actiones donari *v.* CARPZ. *p. 2. C. 12. D. 27.* STRUV. *S. J. C. exerc. 40. §. 9.* LAUTERB. *C. J. d. l. lit. O.* quarum observationum omnium exiguus, in vita civili, videtur esse usus.

§. 14. Donatione consensu perfecta, obligatur valide donator, ad rem promissam præstandam, quæ validitas, ex *speciali legis assistentia* de jure civili, repetitur *l. 35. C. de donat. §. 2. I. eod. Nov. 162. c. 1. §. 1.* quod hodie supervacuum, cum, juxta æquitatis principium, ex consensu, obligatio veniat. Contra invitum datur *condictio ex lege*, vel *moribus*, quæ est *actio personalis*, *competens donatario & hæredibus, adversus donantem & hæredes, ad rem donatam præstandam.* Usuras non esse præstandas, ex natura negotii, facile liquet *l. 22. de donat.* quod de fructibus etiam dicendum, nisi donator rem semel tradi-

tam receperit, in eaque reddenda moram committat *l. 41. §. 1. de re judic.*

§. 15. Illud quoque, ex generalibus pactorum principiis, liquet, donationem vel initam, vel consummatam, regulariter non posse revocari *v. l. 3. 4. 5. C. de revoc. donat.* Revocatur tamen illa aliquando *ex parte*, si sit inofficiosa *l. 1. seqq. C. de inoff. donat.* STRUV. *S. J. C. exerc. 40. §. 14.* VINN. *S. Q. l. 2. c. 33.* Aliquando vero *in solidum* (1.) ob ingratitudinem *l fin. C. de revoc. donat.* competit tamen jus revocandi soli donatori *l. 1. 7. f. C. de rev. donat. c. fin. X. de donat.* contra solum donatarium *l. fin. C. de rev. donat. l. 22. C. de pœn.* & repetuntur quidem res, tempore quæstionis motæ, existentes *l. 7. C. de rev. donat. v.* STRUV. *d. l. §. 15.* CARPZ. *p. 2. C. 12. D. 31.*

§. 16. Revocatur (2.) ob supervenientiam liberorum *l. 8. C. de rev. donat.* censetur enim Pater, sub conditione deficientium liberorum, donasse CARPZ. *p. 2. C. 12. D. 32.* STRUV. *d. l. §. 16.* Potest tamen Pater isti revocationi renunciare, sed sine præjudicio legitimæ, liberis debitæ LAUTERB. *C. J. de donat. in fin.* CARPZ. *d. l. D. 33.* Jus revocandi transit quoque ad ipsos liberos CARPZ. *d. l. D. 40.* Censetur etiam donatio, ob supervenientiam liberorum, ipso jure resolvi, hinc fructus, à tempore nativitatis perceptos, donatarius reddere debet, nisi ignarus nativitatis, eos consumserit STRUV. *d. l.* imo revocatio liberis competens, ex illa resolutione legali, repetitur CARPZ. *d. D. 40.*

§. 17. Enimvero sicut, ad revocationem liberis asserendam, neutiquam opus est, ut donationem ipso jure resolvi dicamus, cum satis sit, quod, ex affectu defuncti, jus revocandi ad eos transmittatur, ita in genere, resolutio illa legalis nullo nititur fundamento, cum enim ab arbitrio donatoris dependeat, utrum valere debeat donatio, nec ne, ideo non aliter illa, invalida dicenda erit, quam si hoc donator voluerit. Quare, à tempore factæ revocationis, demum irrita erit liberalitas, & fructus antea perceptos, omnino donatarius lucrabitur *add.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 1001. 1002.*

CAPUT X.
DE MANDATO.

SUMMARIA.

Mandati natura & varietas §. 1.2.
Est negotium gratuitum §. 3.
Persona hujus contractus §. 4.
Et materia §. 5.
Actio mandati directa §. 6.
Datur mandanti, adversus mandatarium §. 7.
Ad mandati executionem legitimam §. 8. 9. 10.
Damni voluntarii præstationem, acceptorum restitutionem & usuras §. 11.
Actio contraria §. 12.
Datur ad indemnitatem consequendam §. 13.
Mandati contraria §. 14. Et affinia §. 15.

§. 1.



Andatum est *contractus consensualis, de negotio aliquo licito, gratis expediendo v. l. 15. l. 22. §. 11. mand.* Distingvitur (1.) à *consensu*, in *expressum* & *tacitum l.6. §.2. l.18.53. mand. Clem.1. de procur.* (2.) ab *objecto*, in *speciale* & *generale l. 1. §. 1. de procur.* conf. *c. 4. de procur. in 6to l. 12. de pact. l. 17. §. f. de jurejur. l. 12. de pign. act. l. 20. §. 1. de novat. l. 57. de solut.* Porro eodem respectu, in *judiciale* & *extrajudiciale v. l. 8. 33. 43. de procur.*

§. 2. Ulterius (3.) ab *autore*, in *principale*, quod à domino, & *accessorium*, quod à primo procuratore dependet *l. 8. §. 3. mand. c. 1. 9. de procurat. in 6.* (4.) à *fine*, in id quod *utilitatem mandantis, mandatarii* vel *tertii* respicit, ac in varias formas magis speciales se componit *l. 2. 8. §. 4. mand. pr. §. seqq. I. eod.* & videtur etiam hodie mandatum, utilitatem tertii respiciens, valere, licet mandantis nihil plane intersit, nec adeo *l. 8. §. 6. mand.* obtinet *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 473. 1153.* (5.) ab *objecto* in mandatum *rei alienæ l. 1. pr. de procur.* & *propriæ*, quando vel actor *l. 4. 9. C. de procur. l. 33. §. f. l. 34. l. 25. ff. eod. l. 2. §. f. fam. ercisc. l. 13. §. 1. de pact. l. 8. §. f. mand.* vel reus aliquem procuratorem, in rem suam constituit *l. 66. §. 2. de evict.* sed hæc posterior species, proprie mandatum non est.

§. 3. Perficitur mandatum consensu quomodocunque declarato *l. 1. mand.* verba tamen congrua requiruntur *v. l. 12. §. 12. mand. l. 1. §. 14. depos. l. 20. de his qui not. infam.* Debet fieri gratis *l. 1. §. f.*

 l. 36.

l. 36. §. 1. mand. l. 22. de præscript. verb. honorarium tamen accedere potest *l. 6. pr. l. 7. ff. l. 1. C. mand.* adeo ut, si certum quid promissum sit, vel, ex conditione mandatarii, hoc appareat, actione etiam illud exigi queat *v. l. 7. 56. §. p. ff. l. 1. 17. C. mand. l. 1. §. 10. l. 4. de extraord. cognit. v.* LAUTERB. *C. J. mand. lit. R.* sed tale mandatum, irregulare est, ac ad locationem accedit.

§. 4. Mandare & mandatum suscipere possunt omnes, qui contrahendo se obligare valent, nec specialiter ab hoc contractu removentur. Mandatariis extrajudicialibus quoque facultas mandandi asseritur *l. 8. §. 3. mand. c. 1. fin. de procur. in 6* nisi vel dominus expresse hoc prohibuerit, vel ex qualitate negotii, libertatis restrictio intelligatur *v. l. un. §. 9. vers.* sin vero *C. de caduc. toll. l. 31. de solut. c. 12. de offic. & potest. deleg. in 6. c. fin. de procur. in 6.* Mandatarius vero ad litem, mandare non potest, nisi dominus facultatem substituendi concesserit, vel, per litis contestationem, dominus litis factus sit *l. 8. §. 3. ff. mand. l. 8. 11. 23. C. de procur. c. 1. de procur. in 6.* LAUTERB. *d. l. lit. S. P.* quod ultimum hodie nullius usus.

§. 5. Materia mandati sunt negotia (1.) gerenda & futura *l. 12. §. 14. mand.* vel cœpta & absolvenda *l. 60. de R. J. l. fin. C. ad SCt. Maced.* in totum absoluta ratihabentur, nec datur actio mandati, sed negotiorum gestorum *l. 9. ff. l. 9. C. de N. G.* cujus discriminis hodie non magnus forte effectus *v.* STRYK *in not. ad* LAUTERB. *de N. G. p. 142.* (2.) certa, nam alias consensus sufficiens non adest *v. l. 69. §. 4. de jur. dot. l. 115. de V. O. l. 60. de V. S.* (3.) licita *l. 6. §. 3. mand. l. 26. 27. 123. de V. O.* mandatum rei turpis, non valet in vim contractus *§. 7. I. mand.* bene tamen delicti *l. 11. §. 3. de injur. l. 15. §. 1. ad L. Cornel. de sicar. l. 15. C. de accus.* CARPZ. *p. 1. qu. 4.* LAUTERB. *C. J. mand. lit. O.*

§. 6. Inito mandato, mandatarius & mandans ea facere debent, quæ natura negotii & licita conventio requirunt, quo nomine contra invitos, *actio mandati directa & contraria,* in jure civili, prodita est. Actio directa est *actio personalis competens mandanti, & certo modo, hæredibus, contra mandatarium, &, suo modo, hæredes, ad ea præstanda, quæ indoles negotii exigit.* Est rei persecutoria, & aliquando famosa *l. 1. 6. §. 5. seqq. de his qui not. infam. l. 21. C. mand.*

§. 7. Datur mandatori & hæredibus *l. 12. §. 16. l. 26. mand.* contra man-

mandatarium & hæredes *l.12. 49. de O.& A.* Plures, velut correi, obligantur *l.60. §.2. mand.* si hoc vel expresse actum sit, vel, ex conditione objecti, appareat, hinc etiam pro casuum diversitate, exceptio divisionis *v.* CARPZ. *p.2. C.17. D.13.* vel excussionis *l.fin. C. de divid. tutel.* iis quoque competit.

§. 8. Datur ad omne id, quod, ex hoc contractu, præstandum est, sub quo hæc fere continentur (1.) ut mandatarius mandatum legitime perficiat. Si plane illud neglexerit, id quod interest, præstare debet *l.5. §.1. l.6. §.1. l.8. §.6. l.22. §.11. l.27. §.2. ff. l.16. C. mand. l.13. §.f. de re judic.* si vero fines mandati excesserit ac v.gr. rem vilius vendiderit, tum negotium, ratione mandantis, est nullum *l.5. pr. §.3.4. ff. l.12. C. mand. l.10. C. de procur.* mandatarius vero illi, cum quo contraxit *v.* CARPZ. *p.2. C.20. D.12.* & mandanti, si forte factum infectum fieri nequeat CARPZ. *d.l. D.11.* ad interesse tenetur *l.41. mand.*

§. 9. Si autem mandatarius rem aliquam carius emerit, tum, si id, quod excedit, paratus sit remittere, mandatum legitime est impletum *l.3. §.2. l.4. mand. §.8. I. eod.* si vero remittere nolit, ipse, ratione excessus, nullam, ne quidem negotiorum gestorum, habet actionem *l.22. pr. l.41. mand. §.8. I. eod. l.f. C. de N.G.* sed nec vice versa, mandans, pro vili pretio, rem exigere potest *l.3. §.2. mand.* OBSERV. LAUTERB. *Obs.475.* verum perinde est, ac si mandatum mandatarius plane non impleverit, hinc, si aliqua ejus culpa subsit, ad interesse tenebitur.

§. 10. Non excedit fines mandati, qui minoris emit *§.8. I. l.5. in fin. mand. l.1. §.4. de V.O.* aut facit æquipollens *l.45. §.4. l.fin. §.fin. mand.* aut id, sine quo mandatum impleri nequit *l.56.62. de procur. l.2. de jurisd.* vel mandatum indefinitum, juxta boni viri arbitrium, exequitur *l.35. in fin. l.46.60. §.f. mand.* Qui vero per negligentiam aliquid omittit, is quidem fines mandati excedit, quia tamen negligentia potius domino, quam ejus adversario, vel alteri parti, nocere debet, hinc id, quod negligenter actum vel omissum est, valet ratione adversarii, procurator vero damnum resarcire domino tenetur *l.10. C. de procur. l.13. §.f. C. de judic.* CARPZ. *p.1. C.1. D.22.23.* OBSERV. LAUTERB. *Obs.91.*

§. 11. Porro (2.) ut culpam, in re mandata commissam præstet, & re-

& regulariter quidem leviſſima etiam culpa, à mandatario, præſtanda eſſe exiſtimatur *l.13.21. C.mand.* VINN. *S.Q. l.1.c.52.* ſed hac de re primario, ex modo contrahendi, & perſona mandatarii erit judicandum *v.l.72. pro ſoc. §.fin. I.eod.* (3.) ut ea, quæ occaſione mandati, accepit, domino exhibeat *l.8.10. §.2.3. l.20. pr. mand.* adeoque in ſpecie actiones acquiſitas ei cedat *l.8. §.10. l.43.45. pr. §.5. mand.* quæ ceſſio hodie, in ſola inſtrumentorum neceſſariorum præſtatione, conſiſtere videtur *v.c. 4. §.3.* (4.) ut uſuras præſtet, vel ob moram *l.32. §. 2. de uſur.* vel culpam *l. 13. §. 1. de uſur.* vel fœnerationem *l. 10. §. 3. mand.* vel uſum *d.l.10. §.3. l.38. de N.G.* *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obſ. 476.*

§. 12. Actio contraria, eſt *actio perſonalis, competens mandatario & hæredibus l.12. §. 7. l. 14. adverſus mandantem & hæredes l.58. pr. mand. ad indemnitatem, mandati ratione, obtinendam l.15.20. eod.* Eſt aliquando etiam famoſa *l. 6. §. 5. de his qui not. infam.* Hæredibus vero, & in hæredes ideo competit, quia non reſpicit futurum, ſed datur de antegeſto.

§. 13. Sub indemnitate continetur (1.) reſtitutio ſumtuum bona fide factorum *l.12. §.9.17. l.10. §.9. l.27. §. 4. l.56. §. f. mand.* (2.) reſtitutio damni, quod culpa mandantis, mandatario accidit *l.61. §.5. de furt.* ut & quod à facto ſervi dependet, modo mandatarii culpa non concurrat *l. 26. §. 7. mand.* CARPZOV. *p. 2. C. 20. D. 13.* non etiam damni fortuiti *l. 26. §. 6. mand.* OBSERV. LAUTERB. *Obſ. 477.* niſi mandans ſciverit periculum, tum enim tenetur ex dolo, aut mandatarius, v.gr. legatus, ad mandatum potuerit compelli, nam tum in damnum fatale non conſenſit (3.) præſtatio uſurarum ob moram *l.32. §.2. de uſur.* vel collatam utilitatem *l. 12. §. 9. mand.* (4.) ſuſceptio obligationis à mandatario contractæ *l.45. pr. §.5. mand.* *v.* LAUTERB. *C. J. mand.*

§. 14. Solvitur mandatum (1.) conſenſu mutuo *§.f. I. quib. mod. toll. oblig.* (2.) revocatione mandantis *l. 12. §.16. mand.* nam ipſe ex mandato non obligatur, etiam tacita, quæ ex mutata conditione, aliisque circumſtantiis colligitur *v. §.10. in fin. I. de mand. l.38. pr. de ſolut. c.8. de procur. in 6.* modo res ſit integra *§.9. I. de mand.* & mandatarius revocationem ſciat, nam alias mandans, ex mandato, erit, ad indemnitatem præſtandam, obligatus *l.15. mand.* (3.) renunciatione mandatarii tem-

tempestiva, vel etiam, ob justam causam, intempestiva *l. 22. §. f. l. 23. 27. §. 2. mand.* (4.) morte mandantis, si res adhuc sit integra & mandatarius hoc sciat *l. 19. §. 3. de donat. l. 27. §. 3. l. 26. pr. l. 58. pr. ff. l. 15. C. mand. l. 33. de A. A. P.* si res non sit integra, mandatarius inchoata & connexa potest & debet implere *l. 15. ff. l. 23. C. de procur.* (5.) morte mandatarii re integra *l. 27. §. 3. l. 57. mand.* imo etiam, re non amplius integra, si ab hæredibus mandatum impleri nequeat, aut persona specialiter electa sit *v. l. 13. C. de contrah. & comm. stipul. R. I. de anno 1654. §. 100. add.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 478. 479.*

§. 15. Cum mandato quodammodo convenit (1.) *Commendatio*, qua quis, addita laudatione nonnunquam, alterius benevolentiæ commendatur *v. l. 12. §. 12. mand. l. 19. pr. de ædil. edict. l. 11. §. 2. de Legat. 3.* hæc regulariter non est obligatoria, nisi vel fraudulenter, vel animo obligandi facta sit, quod ex circumstantiis judicandum *d. l. 12. §. 12. l. 37. de dol. l. fin. C. quod cum eo* CARPZ. *p. 2. D. 126.* FINCKELTH. *Obs. 16. Decis. Saxon. 42.* (2.) *Consilium*, quo quis, quid, in re dubia, sibi faciendum esse videatur, sine intentione obligandi, tantum ostendit *l. 2. §. f. mand.* Hoc itidem non est obligatorium, nisi fraus vel animus obligandi, qui ex circumstantiis colligendus, accedat *v. l. 1. §. 14. depos. l. 47. de R. J. c. 62. de R. J. in 6. l. 2. §. f. l. 6. §. 5. l. 10. §. 7. mand. §. 6. I. eod. l. fin. C. quæ res pign. oblig.* LAUTERB. *C. J. mand. lit. SS.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 474.*

CAPUT XI.

DE COMMODATO ET PRECARIO.

SUMMARIA.

Commodatum est contractus consensualis §. 1.
Ejus forma §. 2.
Subjectum & materia §. 3.
Ex commodato obligatur commodans ad rei traditionem §. 4.
Aliasque præstationes §. 5.
Commodatarius re accepta recte uti, eamque suo tempore reddere, ac damnum voluntarium præstare tenetur §. 6. 7.
In communi periculo quid eum facere oporteat §. 8.
Obligatio plurium commodatariorum §. 9.
Actio commodati hodie utrinque est directa, communis tamen denominatio retineri potest §. 10.
Utriusque definitio §. 11.
Precarium est contractus consensualis §. 12.

§. 1.



COmmodatum est *Contractus consensualis de re, in usum gratuitum, concedenda, eademque, finito tempore, restituenda.* Circa quam definitionem repetenda sunt, quæ dixi *c.* 8. §. *1. add.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 390.* Est contractus bilateralis, non tantum sensu juris civilis, sed & eo, quod commodans, perinde ac locator, ab initio etiam statim obligetur.

§. 2. Perficitur Commodatum hodie *solo consensu*, quo quis rei usum gratuitum, alter vero acceptæ restitutionem serio promittit. Traditio & restitutio, ad executionem sive consummationem pertinet *v. c.* 8. §. *3.* Respicit autem commodatum plerumque utilitatem commodatarii *l. 5. §. 2. comm.* conf. *l. 5. §. 10. l. 18. eod.* & ad ejus formam pertinet, ut usus rei gratuitus, certus, ac ad aliquod tempus duraturus, concedatur *l. 5. §. 8. 12. l. 17. §. 3. commod.* honorarium tamen accedere potest *v. l. 2. §. 24. de vi bon. rapt. l. 6. pr. mand.* licet illud, in obligationem efficacem, raro deduci soleat.

§. 3. Initur à personis, ad contrahendum habilibus *v. l. 1. §. 2. l. 2. 3. commod.* de rebus non consumtibilibus, mobilibus & immobilibus *l. 1. §. 1. commod. §. 1. I. de usu & habit.* propriis & alienis *l. 15. 16. comm.* non tamen in præjudicium domini *l. 31. §. 1. depos. l. 54. §. 1. de furt.* nisi ejus consensus concurrat *v. l. 12. §. 2. de usufr.* Potest etiam res fungibilis ad pompam commodari *l. 3. §. f. l. 4. comm.* nam isto respectu, rebus non consumtibilibus similis est.

§. 4. Inito commodato, obligatur commodans ad rem promissam tradendam, quæ obligatio, juxta hypotheses juris civilis, vulgo negligitur *v. c.* 8. §. *11.* Per illam vero traditionem, neque dominium, neque vera possessio, in accipientem transfertur *l. 8. 9. comm.* quod ex indole negotii ultro apparet, unde commodans etiam rem suam, à quocunque possessore, vindicat, quod tamen jure Saxonico *Landr. l. 2. art. 60.* CARPZ. *p. 2. C. 26. D. 5.* COLER *p. 1. Dec. 7.* & Lubecensi MEV. *ad jus Lub. l. 3. tit. 2. art. 1. n. 18. seqq.* non obtinet.

§. 5. Re

§. 5. Re tradita, ejus usum intempestive auferre non debet commodans *l. 17. §. 3. comm. l. 75. de R. J. c. un. X. commod.* nisi, ex nova & inopinata causa, propriis usibus, eam necessariam esse probaverit, nam hic casus, ex communi mortalium affectu, exceptus censetur *v. l. 3. C. locat.* Quodsi commodans sua voluntate damnum det commodatario *v. l. 17. §. 3. l. 18. §. 3. commod.* aut hic utilitatem illi conferat *d. l. 18. §. 2. l. 25. de pign. action.* tum commodatarius indemnis est servandus. Aliquando etiam commodans vel rem commodatam, vel ejus pretium, commodatario reddere tenetur *v. l. 17. §. f. l. 21. commod. l. 10. §. f. de jur. dot.*

§. 6. Commodatarius, re accepta, juxta præscriptum modum, uti debet, alias non tantum commodati, sed & quandoque furti tenetur *l. 5. §. 8. comm. l. 54. §. 1. de furt. §. 6. I. de oblig. quæ ex delict.* verum hodie, abusus rei commodatæ, furtum non involvit *Land. l. 3. art. 22.* COLER *p. 1. D. 7.* Tempore elapso, rem commodatam, integram & illæsam, cum accessionibus & fructibus, reddere tenetur *l. 5. §. 9. l. 13. §. 1. comm. l. 38. §. 10. de usur.* & suis quidem sumtibus *l. 5. § 12. in fin. commod.* deterioratæ damnum resarcit *l. 3. §. 1. commod.* plane vero inutilis factæ, aut deperditæ solidam æstimationem præstat *l. 17. §. fin. comm.* nec potest invito commodanti alia res obtrudi, nam inter species non est exacta functio, licet quoad debitores, talis esse queat *l. 14. §. 2. de constit. pecun.*

§. 7. Ad hæc vero saltem tenetur commodatarius, si ejus voluntate damnum acciderit *l. 10. seqq. commodat.* Debet enim præstare dolum & culpam, etiam levissimam *l. 5. §. 2. l. 18. pr. comm.* nisi vel modus contrahendi, vel personæ, cum qua contrahitur, conditio, similesque circumstantiæ aliud svadeant *l. 18. pr. in fin. l. 5. §. 10. commod.* De casu autem fortuito commodatarius non tenetur *l. 5. §. 4. l. 18. pr. ff. l. 1. C. commod.* CARPZ. *p. 2. C. 26. D. 6.* nisi ejus culpa *l. 5. §. 4. 7. l. 18. pr. comm.* mora *c. un. X. comm.* vel pactum intervenerit *l. 1. C. de commod. c. un. X. eod. v.* CARPZ. *p. 2. C. 26. D. 8.* talis tamen conventio, in æstimatione, taxationis gratia, facta non latet *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 401.*

§. 8. In communi periculo, rem commodatam propriæ præferre tenetur commodatarius *l. 5. §. 4. comm.* nisi res commodata, vilior, propria vero, pretiosior sit, tum enim non tantum hanc illi impune

præferre, ſed &, ordine forte inverſo, rei propriæ amiſſæ pretium, à commodante repetere poteſt; ita vulgo! *v.* LAUTERB. *C. J. commod.* ſed uti poſterius plane abſurdum eſt, cum, ex nullo fundamento, moleſta illa commodantis obligatio repeti queat, ita nec prius admittendum, ſed dicendum potius erit, quod commodans rem propriam commodatæ regulariter præferre poſſit, ut nulla in ipſa prælatione, licet conſultâ, ſit culpa, adeoque is commodanti non aliter teneatur, quam ſi, circa rem commodatam, alia ratione culpam commiſerit *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obſ. 392.*

§. 9. Si plures ſint commodatarii, regulariter pro rata ſinguli ſunt obligati *l. 21. §. fin. commod.* niſi aliud actum ſit, tum enim ſinguli in ſolidum tenentur *l. 5. §. fin. comm. l. 3. §. 1. l. 9. pr. de duob. reis l. 47. locat.* quod tamen ad præſtationem doli & culpæ, videtur referendum, nam, quoad obligationem primitivam & rei reſtitutionem, vix opus eſt qualitate correali, cum objecti individuitas per ſe hoc operetur, ut actio, contra eum, tantum inſtituatur, qui rei reſtituendæ facultatem habet *v.* CARPZ. *p. 2. C. 26. D. 14.* Plane dolus etiam facit correos, licet conventio non præceſſerit *v. l. 1. §. 4. de eo per quem fact.* Unius commodatarii plures hæredes tenentur pro rata, niſi unus rem poſſideat *l. 3. §. 3. comm.* aut ex ſuo facto conveniatur *l. 17. §. 2. eod.*

§. 10. Contra invitos datur *actio commodati*, quæ, in *directam* & *contrariam*, diſtingvitur: illa contra commodatarium, hæc, commodantem inſtituitur *l. 18. §. 4. commod.* Sed cum, juxta hypotheſin hactenus ſubſtratam, commodans ab initio quoque obligetur, hinc potius actio hodie utrinque *directa*, aut ſimpliciter *actio commodati*, dicenda erit. Verum cum nominibus facile tranſigere licet, hinc uſitatos terminos retinebimus.

§. 11. Actio directa, eſt *actio perſonalis, competens commodanti & hæredibus, adverſus commodatarium & hæredes, ad ea, quæ natura contractus, vel licita conventio exigunt, præſtanda.* Quatenus ad rem ipſam repetendam tendit, eatenus eſt perpetua, ut nullo tempore præſcribatur *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obſ. 408.* Actio contraria eſt *actio perſonalis, competens commodatario & hæredibus, adverſus commodantem & hæredes, ad rem promiſſam exigendam, & indemnitatem ejus nomine conſequendam.* Poteſt etiam commodatarius compenſatione

& re-

& retentione indemnitatem consequi *l. 18. §. f. comm. l. 15. §. f. l. 59. de furt. l. fin. C. de compens. add.* LAUTERB. *C. J. commod.*

§. 12. Precarium est *contractus consensualis, quo is, cui rei usus, ex liberalitate, conceditur, vel aliud quid indulgetur, quandocunque concedenti aut permittenti placuerit, rem reddere, vel id, quod indultum est, omittere tenetur.* Jure quidem civili precarium, est magis *pactum legitimum prætorium,* quam *contractus v. l. 2. §. 2. l. 14. de precar. l. 14. §. 11. de furt.* sed hodie illa coincidunt. Id quoque sententiæ nostræ haud obest, quod precario promittens & concedens, ex ipso negotio non obligetur, nam idem quoque obtinet in mandato & deposito; sufficit, quod accipiens valide obligetur.

§. 13. Perficitur precarium consensu mutuo *l. 1. pr. §. 2. l. 2. §. 3. l. 6. §. 1. l. 13. l. 15. pr. de precar.* quia tamen hoc saltem agitur, ut obligetur accipiens, ideo traditio, velut conditio sine qua non, quoque requiritur *l. 1. §. 2. 3. l. fin. pr. de precar.* Renovatur & prorogatur tacito consensu *l. 4. §. f. l. 5. 6. de precar.* De cætero ejus forma in eo consistit, ut accipiens re gratis utatur, quamdiu concedenti visum fuerit *l. 1. pr. §. 2. l. 2. §. 2. 3. l. 8. §. 3. l. 12. de precar.* hinc pactum, quo ejus libertas restringitur, ob contradictionem, nullum est *l. 12. de precar.* tempus tamen, declarationis causa, adjici potest *l. 4. §. f. l. 5. eod.* ex quo differentia precarii, donationis & commodati facile apparet *v. l. 1. §. 2. 3. de precar.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 1099. 1100.*

§. 14. Precarium concedere possunt, qui usu rationis gaudent *v. l. 6. pr. de prec.* etiam ad contrahendum inhabiles, ut pupilli, nam inde non obligantur, adeoque nullum subest præjudicium. In accipientibus vero, habilitas ad contrahendum, videtur necessaria, nisi quatenus ex ipsa re obligantur *v. l. fin. §. 1. de precar.* Possunt autem omnis generis res, mobiles & immobiles, precario concedi, modo usu non consumantur *l. 2. §. 3. l. 4. l. 6. §. 4. l. 7. 11. de precar.* nec sint petentis propriæ pleno jure *l. 45. de R. J.* Non raro etiam jus re nostra utendi, ut servitus *l. 3. l. 15. §. 2. de precar.* vel jus coquendi vendendique cerevisiam similiaque precario conceduntur.

§. 15. Ex quo liquet, jus precario accipientis, diversum esse, pro diversa concedentis liberalitate. In specie aliquando saltem, in possessione esse, aliquando vero possidere, is dicitur *v. l. 2. §. 3. l. 4. §. 1. l.*

 6. §.

6. §. 2. 3. l. 9. 12. 15. §. 4. l. 16. 17. de precar. l. 13. §. 1. de public. in rem l. 22. §. 1. de noxal. act. l. 7. §. 4. comm. divid. l. 10. §. 1. de A. A. P. Hinc re & jure concesso utitur *l. 1. pr. l. 12. de precar.* ejusque possessio justa est, quamdiu dominus non revocat *l. 22. §. 1. de noxal. action. l. 13. §. 1. de publ. in rem. l. 7. §. 4. comm. divid.* quare etiam possidenti datur interdictum uti possidetis, contra tertium, non concedentem *l. 17. de precar. l. 1. §. f. l. 2. uti possid.* si tamen hic precario possidentem dejiciat, possessionem ei, in pœnam, reddere tenetur *§. 6. I. de interdict.* quod tamen præcise non observandum videtur.

§. 16. Concedens rem concessam nihilominus possidet *l. 6. §. 2. l. 15. §. 4. de precar.* eique, licet dominus non sit *l. 7. 8. 11. eod.* accipiens rem reddere tenetur *l. 2. §. 2. eod.* quod si concedenti alius successerit, is non tam ex jure transmisso, quam proprio jus revocandi habet *v. l. 8. §. 2. l. 12. §. 1. eod.* si accipiens dolo possidere desierit, ad interesse tenebitur *d. l. 8. §. 3.* hæredes quoque accipientis obligantur, sed, ex dolo defuncti, saltem quatenus ad eos pervenit *l. 8. §. fin. de precar.* quod ultimum tamen, neque æquitati, nec principiis juris civilis *l. 12. 49. de O. & A. l. 152. §. 3. de R. J.* satis convenit. Dolus quoque & lata culpa præstari debet *l. 8. §. 3. de precar.* post moram fructus etiam sunt præstandi *d. l. 8. §. 4.* nec dubitem, quin precarius possessor, impensas necessarias & utiles, recuperare queat, nisi animo donandi factæ sint *v. l. 18. §. 2. commod. l. 25. de pign. action.*

§. 17. Contra invitum datur actio, & quidem *civilis*, si sibi concedens de restitutione prospexerit *l. 15. §. 3. de precar.* alias, ex provisione Prætoris, *interdictum de precario l. 2. pr. §. 2. l. 14. 15. eod.* quod, nisi fallor, est, in effectu, species interdicti unde vi *arg. l. 12. 18. de vi & vi arm.* imo aliquando, v. gr. quando servitus precario concessa, species interdicti uti possidetis *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 1102.* Ex interpretatione JCtorum, ut aliqui censent, concessa etiam est *actio præscriptis verbis*, sed anomola & irregularis *l. 2. §. 2. l. 19. §. f. de precar. v.* LAUTERB. *C. J. de precar.* Hodie etiam *condictio ex moribus*, dici potest.

§. 18. Sed de nominibus parum laborandum. Rem ipsam quod attinet, est *actio personalis competens precario concedenti & successoribus, adversus accipientem & hæredes, ad ea, quæ natura negotii requirit, præstanda.* Nihil etiam vetat, quo minus precario accipienti actio-

actionem similem, ratione indemnitatis, concedamus. Quodsi qualitas precarii, ob temporis forte diuturnitatem, obscura sit, dubitandum non videtur, quin ad *Rei Vindicationem* & *Negatoriam*, aliquando recurrendum sit.

§. 19. Tollitur precarium (1.) revocatione, quæ pro lubitu fieri potest *l. 1. pr. §. 2. l. 2. §. 2. l. 12. de prec.* hinc etiam statim res est reddenda, ex humanitate tamen, aliqua dilatio concedi debet, ne accipiens damno afficiatur *l. 17. §. 3. commod. c. un. X. eod.* (2.) solutione debiti, in casu *l. 6. §. f. l. 11. de precar.* (3.) consolidatione, si precario accipiens dominium acquirat *l. 4. §. 3. eod.* Non etiam (4.) morte accipientis vel concedentis *v. l. 12. §. 1. de precar. c. 3. X. eod.* nec (5.) lapsu temporis *l. 4. §. f. l. 5. de precar.* nec (6.) rei concessæ alienatione *l. 8. §. 2. eod.* nisi revocatio illis circumstantiis sit innexa *d. ll.* Cum Precario habet convenientiam donatio, commodatum *v. l. 1. §. 2. 3. de precar.* & Precaria juris Canonici *tit. X. de precar. v.* LEHMAN *Chr. Spir. l. 2. c. 43.*

CAPUT XII.

DE DEPOSITO.

SUMMARIA.

§. 1.

Depositum est *contractus consensualis de re gratis custodienda, eademque, ad libitum deponentis, restituenda, ac indemnitate eo nomine præstanda.* Recurrit hic observatio, quam circa mutuum *c. 8. §. 1.* & commodatum *c. 11. §. 1.* dedi *add.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 465.* In eo tamen depositum ab illis

illis abit, quod deponens ab initio non obligetur. Alias etiam *Commendatum* vel *Commendatio* dicitur *l. 24. 26 ff. l. 6. 9. C. depos.*

§. 2. Dividitur in *depositum in specie*, quando res non litigiosa, vel litigiosa, ab uno litigante, deponitur. & *Sequestrum*, quando res litigiosa, vel autoritate judicis, vel litigantium consensu, alicui custodienda datur *l. 6. 17. depos. l. 9. §. 3. de dol. l. 110. de V. S.* Prius est vel *necessarium* sive *miserabile*, quod, ob imminens aliquod periculum, ipso facto contrahitur *l. 1. §. 1. 2. 3. depos.* vel *voluntarium*, quod libera voluntate initur, hoc iterum in *regulare*, in quo, in specie, res reddenda est, & *irregulare*, ubi ex eodem genere, tantundem restituitur *l. 24. 25. §. 1. l. 26. §. 1. depos.* dipesci solet.

§. 3. Receditur autem ob ordinaria depositi natura vel *tacite*, quando pecunia numerata, & non obsignata simpliciter deponitur *l. 31. locat.* verb. *nam si quis*, vel *expresse*, & quidem vel *ab initio*, ut accipiens, si velit, pecunia deposita uti possit, vel *ex postfacto*, quando, inito deposito, facultas illa ei indulgetur: Illo casu, ex tempore usus, hoc vero, statim dominium & periculum rei in accipientem transfertur *l. 1. §. 34. depos. l. 9. §. f. l. 10. de R. C.* nam illo casu, usus ei offertur, hoc autem, eundem ille rogat. Hodie vero nihil refert, utrum, negotium illud, depositum manere *l. 24. l. 26. §. 1. depos.* an in mutuum converti *d. l. 9. §. f. l. 10. de R. C. l. 1. §. 34. depos.* dicas, cum ex hoc etiam debeantur usuræ. *add.* LAUTERB. *C. J. depos.*

§. 4. Perficitur depositum *solo consensu*, traditio ad consummationem pertinet, imo aliquando est etiam medium declarandi consensum, adeo ut contractus perfectio & consummatio, in ea contineatur *v. l. 25. pr. depos. l. 9. §. 3. de jur. dot.* Respicit autem *rei custodiam gratuitam l. 1. pr. §. 8. 9. depos.* honorario tamen etiam hic locus est *v. l. fin. eod.* Quod si plus, quam custodia, exigatur, tum negotium, in alium contractum incidit *l. 1. §. 12. seqq. depos. l. 5. §. 4. de P. V.* si autem per custodiam intelligamus, diligentiam quandam exactiorem, illa ad depositum non spectat *§. 17. I. de oblig. quæ ex delict. nasc.*

§. 5. Deponere posse videntur etiam ad contrahendum inhabiles, nam vel omnino non obligantur, vel obligatio, ex collata utilitate, oritur, quæ in inhabiles etiam cadit *v. l. 3. §. 4. 5. de N. G.* sed accipere depositum illi saltem possunt, qui valide alias contrahunt *v. l. 1. §. 15. depos.*

Depo-

Deponi possunt res non tantum in commercio existentes, sed & quæ sunt extra commercium *v. l. 3. §. 6. de liber. exh. c. 14. X. de sponf. c. 8. X. de restit. spoliat.* & plerumque quidem mobiles, propriæ & alienæ *l. 1. pr. §. 39. l. 16. 31. §. 1. depos.* sed nec immobiles hic plane excludendæ videntur, cum & illæ custodiam recipiant *l. 11. de peric. & comm. rei vend. l. 3. §. f. de A. A. P.*

§. 6. Res depositarii propria, deponi nequit *l. 15. 31. in fin. depos. l. 45. de R. J.* ne quidem ad effectum obligationis secundariæ *d. l. 31.* quod hodie nullius usus videtur. Deposito accedentia, non censentur deposita *l. 1. §. 5. depos.* in restitutione tamen illorum habetur ratio *l. 1. §. 24. eod. v. l. 5. §. 9. commod.* hinc iterum sterilis aliqua subtilitas subesse videtur. Illius vero disquisitionis, utrum depositum, vel aliud negotium, ac in specie mandatum contrahatur, utilitas ad præstationem usurarum & culpæ pertinet *v.* STRYK *in not. ad* LAUTERB. *C. J. de N. G. p. 142. depos. 470.* etsi nec illa adeo magna hodie videatur, cum præstatio usurarum sit uniformis *v. §. 3.* de culpa vero, non tam ex natura contractus, quam modo contrahendi, & personis contrahentibus, judicari soleat.

§. 7. Inito deposito, deponens quidem non obligatur, nec enim hoc agitur, depositarius vero ad rem, in custodiam, recipiendam obstringitur, quæ obligatio, juxta hypothesin juris civilis, omittitur, de cætero non dubitem, quin depositarius, ad exemplum mandatarii *l. 22. §. 11. mand.* tempestiva renunciatione, se ab hac obligatione, liberare queat. Post rem acceptam, obligatur ad ejus custodiam, si re, invito deponente, utatur, furtum committit *l. 29. ff. l. 3. C. depos.* quod tamen hodie non ita simpliciter obtinet *v. O. C. art. 170.* CARPZ. *p. 2. qu. 85. n. 66. seqq.* Ex cistæ depositæ apertura, dolus præsumitur, adeo ut jusjurandum in litem, locum inveniat *v. l. 1. §. 26. 41. depos.* CARPZ. *2. Resp. 69.*

§. 8. Porro tenetur depositarius rem restituere deponenti, nisi dominus concurrat *l. 31. §. 1. depos.* vel illius bona sint publicata *d. l. 31. pr.* aut ille inciderit in eam conditionem, ut, ei rem præstare, non expediat *c. 14. C. 22. qu. 2.* quæ omnia ex natura contractus fluunt, & naturalia sunt. Debet autem rem regulariter in specie reddere, & quidem pro lubitu deponentis, etiam ante diem vel conditionem adjectam

l. 1. §. 45. depos. moras tamen hoc casu nectens, quandoque à dolo excusatur *d. l. 1. §. 22. v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 468.*

§. 9. Contra invitum datur *actio depositi directa*, cujus explicatio magis specialem officii considerationem involvit. Est *actio personalis, competens deponenti, adversus depositarium, ad rem depositam, in custodiam recipiendam & restituendam.* Est rei persecutoria *§. 17. I. de action.* & perpetua *l. 18. depos.* quod, quoad ipsam rei repetitionem, eo pertinet, ut actio nullo tempore præscribatur *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 408.* Est etiam aliquando famosa *l. 10. C. depos. v.* CARPZ. *p. 4. C. 45. D. 10.* & pœnalis mixta *l. 1. §. 1. l. 18. depos.* quod hodie nullius vel exigui usus.

§. 10. Datur deponenti; Plures habentur pro correis credendi, si id actum sit *l. 1. §. 44. l. 17. depos.* Datur etiam hæredibus, & quidem pro portione hæreditaria *l. 1. §. 36. depos.* res tamen individua, uni præstari potest, modo depositario, hoc nomine, caveat, quod etiam dicendum, de re dividua, si is petat, qui, ex maxima parte, hæres est *d. l. 1. §. 36. l. 14. eod.* depositarius vero, hisce casibus, cæteris hæredibus manet obligatus, ab eo tamen, qui rem accepit, indemnis est conservandus *d. l. 1. §. 36.* CARPZ. *l. 5. Rsp. 14.*

§. 11. Si quis, ex re dividua, partem acceperit, cohæredibus nihil præstare debet, si residuum, apud depositarium, perierit *l. 24. quæ in fraud. credit. l. fin. C. depos.* quod secus est, si quis, ex pluribus speciebus depositis, unam receperit *l. 29. de solut.* vel si socius partem exegerit *l. 63. §. 5. pro soc.* nam hisce casibus, non res propria, sed communis recipitur. Illi quoque actio depositi competit, cujus rem alius deposuit, cum pacto, ut illa domino restituatur *l. 8. C. ad exhib.* de quo, juxta æquitatis principia, non dubitandum.

§. 12. Competit contra depositarium; Plures in solidum, si hoc actum sit *l. 1. §. 43. depos.* aut si omnes dolum admiserint *v. c. 11. §. 10.* Contra hæredes datur in solidum, etiam ob dolum defuncti *l. 12. 49. de O. & A. l. 7. §. 1. depos.* plures tamen, pro portione hæreditaria, saltem obligantur *d. l. 7. §. 1.* nisi vel rei individuitas *l. 3. §. 3. commod.* vel dolus plenius illos obstringat *l. 9. 10. 22. depos.* si hæres ignorans rem depositam distraxerit, tenetur tantum ad id, quod ad eum exinde pervenit *l. 1. §. f. depos.* Non datur hæc actio contra successores singulares *l. 16. ff. l. 8. C. depos.*

§. 13. Ve-

§. 13. Venit in hanc actionem res deposita, cum fructibus & omni causa *l. 1. §. 24. depos. l. 38. §. 10. de usur.* etiam, certis in casibus, cum usuris, ex mora *l. 32. §. 2. de usur. l. 24. 25. §. 1. l. 29. §. 1. ff. l. 2. 3. C. depos.* vel pacto *l. 24. in fin. l. 26. §. 1. l. 28. depos.* quod utrumque hodie minus dubii habet: Non vero ob solum rei depositæ usum, à deponente concessum *l. 24. in fin. l. 25. §. 1. l. 26. §. 1. depos.* Hodie tamen, si admittas, quod mutuum regulariter sit fœneratitium *v. c. 8. §. 2.* etiam solus usus, producendis usuris, hic sufficere videtur *v.* CARPZ. *l. 4. Resp. 55.* Res, pecuniâ depositâ, emta, hac actione regulariter peti nequit *l. 6. 8. C. de R. V.*

§. 14. Si res perierit, vel deterior facta sit, ad æstimationem vel damni, vel totius rei, depositarius tenetur *l. 1. §. 16. 26. depos.* modo dolus vel lata culpa intervenerit *l. 5. §. 2. commod. l. 23. de R. J. l. 1. C. depos.* Sæpe tamen vel conditio personæ *v. l. 32. depos.* vel conventio specialis *l. 1. §. 6. eod.* vel modus contrahendi *l. 5. §. 2. commod. l. 1. §. 35. depos. c. 2. X. eod. l. 4. de R. C.* præstationem culpæ specialius definiunt. Casum fortuitum non præstat *l. 1. C. depos.* nisi in deposito irregulari *v. c. 8. §. 16.* aut si dolus vel culpa, ab ipso præstanda, concurrat *c. 2. X. depos. l. 14. §. 1. eod.* aut eo nomine conventio sit inita *l. 1. C. depos.*

§. 15. Si in periculo communi rem suam, licet viliorem, depositæ præferat depositarius, culpæ reus non est, hinc ad nihil deponenti tenetur, nisi alia ratione culpæ convincatur, quemadmodum etiam à deponente nihil repetit, si, dum depositas in tutum subduxit, proprias amisit, sed hoc damnum, velut fatale, ferre debet *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 469.* Si ob justam causam, rem depositam alii dederit, ex hujus dolo hactenus saltem obligatur, ut actiones contra illum cedat *l. 16. depos.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 470.* Depositarius casum *l. 2. 19. de probat. l. 5. C. de pign. action.* deponens vero culpam, quam allegat, probare debet *l. 18. §. 1. de probat. l. 6. C. de dol.* CARPZ. *p. 2. C. 26. D. 17. seqq. l. 5. Resp. 13. v.* supr. *c. 6. §. 34.*

§. 16. Si res ipsa sit restituenda, tum retentio & compensatio, ob debitum extraneum, cessant *l. 11. C. depos. l. fin. §. 1. C. de compens.* sed, ob expensas necessarias, utraque locum habet, nam nullibi restrictio posita est. Si vero æstimatio rei depositæ præstanda sit, tum compensatio perpetua, non tantum ob expensas necessarias, sed & debitum extra-

traneum, adhiberi poteſt, quia itidem nulla reſtrictio hic occurrit *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obſ. 457. 471.*

§. 17. Exceptio rei non traditæ privilegiata, inſtrumento depoſiti opponi nequit *l. 14. §. 1. C. de non num. pecun.* nihil enim eſt, quod depoſitarium, ad præcipitem confeſſionem, moveat. Si res depoſita exſtet, licet quantitas ſit, deponens eam, in concurſu Creditorem, ante omnes vindicat *l. 17. §. 1. ff. l. 8. C. depoſ. l. 24. §. 2. de reb. autor. jud. poſſid.* ſi vero depoſitum ſit irregulare, ac deponens uſuras acceperit, à cæteris creditoribus chirographariis non ſeparatur *l. 7. §. 2. depoſ. l. 24. §. 2. de reb. autor. judic. poſſid.* ſi autem nullas acceperit, nec uſum rei conſumtæ conceſſerit, tum inter creditores privilegiatos, primo, ſi vero permiſerit, ultimo loco collocatur *l. 7. §. 2. l. 8. depoſ. l. 24. §. 2. de reb. autor. judic. poſſid. v.* LAUTERB. *C. J. depoſ.* CARPZ. *p. 1. C. 28. D. 15. 150.*

§. 18. Deponens ſecundario obligatur ad indemnitatem. Contra invitum datur *actio depoſiti contraria*, quæ etiam hodie recte ſic dicitur, cum ab initio deponens non obligetur *§. 7. h. v. c. 11. §. 11.* Eſt *actio perſonalis competens depoſitario & hæredibus, adverſus deponentem & hæredes l. 49. de O. & A. ad indemnitatem, depoſiti nomine, conſequendam l. 5. 12. 23. depoſ. l. 31. de pign. act. l. 61. §. 5. de furt.* Regulariter non eſt famoſa *l. 6. §. fin. de his qui not. infam.* ſi tamen dolus deponentis interveniat *v. l. 61. §. 5. de furt.* exiſtimationis quoque periculum ſuberit.

§. 19. Sequeſtrum *v. §. 2. h.* eſt vel *neceſſarium*, quod fit autoritate judicis, etiam partibus invitis, ob juſtam cauſam *l. 7. §. f. qui ſatisd. cog.* nam regulariter, velut ſpecies executionis præpoſteræ, eſt prohibitum *l. un. C. de proh. ſequeſt. c. 1. X. de ſequeſtrat. poſſeſſ.* vel *voluntarium*, quod conſenſu litigantium eo fine initur, ut ſequeſter rem victori reſtituat *l. 17. depoſ. l. 18. de P. V. l. 110. de V. S.* hoc licitum eſſe, facile liquet *l. 5. §. f. l. 6. depoſ.*

§. 20. Officium ſequeſtris eſt, ut rem cuſtodiat *l. 6. depoſ.* ſed uti ille aliquando plus juris in re conceſſa habet, quam ſimplex depoſitarius *v. l. 17. § 1. depoſ. l. 39. de A. A. P.* ita, ex vulgaribus depoſiti regulis, ejus officium per omnia æſtimari nequit, ſed, ſi rei conditio id exigat, plura præſtare debet quam alii depoſitarii; Inprimis jura, rei ſequeſtratæ cohærentia, exer-

exercere debet. Ad rem recipiendam, victori datur, adversus sequestrem, actio sequestraria directa *l.5. §.1. l.12. §.2. depos. l. 8. C. ad exhib.* Sequestri vero, contra victorem actio sequestraria contraria ad consequendam indemnitatem, per ea quæ antea diximus *add.* LAUTERB. *C. J. depos. in fin.* OBSERV. LAUTERB. *Obs.* 472.

CAPUT XIII.

DE POLLICITATIONE ET VOTO.

SUMMARIA.

§. 1.



ANtequam à contractibus gratuitis abeamus, facienda est mentio Pollicitationis & Voti. Illa non eodem modo supponitur; Ex sententia GROTII *de J.B.P. l. 2. c. 11. §. 3.* est *promissio obligationem quidem, sed non jus exigendi producens.* Ex doctrina vero juris Romani, est *solius offerentis promissum,* adeoque etiam pactis, velut peculiaris obligationis causa, opponi solet *l. 3. de pollicit.* sed illud utique falsum est, quod quis, ex sola sua oblatione sine alterius acceptatione, obligari queat, ceu ipsi Romani alias agnoscunt *l. 55. de O. & A.*

§. 2. Positis ergo præjudiciis, Pollicitatio est *species donationis sub modo vel ob causam v. l. 9. de pollicit.* Romani ejus doctrinam, ex hypothesi de pactis nudis, instruunt, quæ consectaria, illa cessante, hodie necessario deficiunt. Sic distingvitur Pollicitatio in *nudam,* quæ privatis fit & efficaciter non obligat, & *legitimam,* quæ Reipublicæ vel simili corpori, ob aliquam causam, fit, & ex speciali legis approbatione,

obligationem efficacem producit *l. 1. de pollicit.* sed hodie quævis pollicitatio, ob consensum serium, valet.

§. 3. Perficitur ergo hodie pollicitatio consensu serio promittentis & acceptantis *l. 6. §. 3. de pollicit.* & nihil refert, sive præsens sive absens voluntatem declaret, nec obtinet dispositio *l. 5. eod.* quemadmodum etiam specialis legis confirmatio *v. l. 1. §. 1. 2. eod.* frustra requiritur. Fit autem pollicitatio ob causam aut modum, v. gr. ob honorem à Republica consequendum *v. l. 1. §. 1. seq. l. 4. 6. 7. 8. 9. 11. 14. de pollicit.* & illa causa valorem etiam, jure civili, negotio conciliat, sed hodie non firmandæ, sed formandæ saltem pollicitationi, illa requiritur.

§. 4. Promittere possunt, qui liberam administrationem rerum suarum habent *v. l. 6. §. 2. de pollicit.* & quidem promittuntur Reipublicæ, civitati municipali *l. 3. §. 1. l. 8. 14. eod.* & cuivis alii corpori licito *v. l. 19. l. fin. C. de SS. Eccles.* omnis generis res & facta licita *v. l. 6. §. 1. f. l. 8. 13. de pollic.* Facta pollicitatione, promissor valide obligatur ad promissum exsolvendum *l. 1. pr. l. 2. pr. l. 3. pr. l. 6. 9. 13. de pollic.* jus vero reale creditor non consequitur, nisi post traditionem *v. l. 2. pr. §. fin. l. 3. §. 1. de pollicit.* Quodsi promissor ad paupertatem redigatur, humanitas ei, ejusve hæredi succurri jubet, determinatio tamen juris civilis *v. l. 3. 6. 9. 11. 14. de pollic.* hodie obtinere non videtur, cum & illa, pactorum nudorum videatur esse consectarium *add.* LAUTERB. *C. J. de pollicit.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 1494. 1495.*

§. 5. Votum est *deliberata promissio, Deo, vel, ob Deum, sive ex pietate, Ecclesiæ similive societati, facta.* Est ergo votum duplicis generis, vel enim *fit immediate Deo*, ut si quis certo tempore, jejunia vel preces voveat; Aliquando tamen executio hujusmodi voti, homines respicit, ut si quis, in pauperes, se quid erogaturum promiserit, qui exinde nullum jus consequuntur, vel *propter Deum, fit Ecclesiæ similive societati*, hæc vota sunt satis frequentia, dum quis, v. gr. ob malum, ex quo liberatus est, vel bonum, quod obtinuit, piis locis aliquid promittit *v. l. 2. de pollic.*

§. 6. Perficitur votum, consensu voventis & acceptantis, & acceptatio quidem Dei, tam ex lumine rationis quam revelationis, præsumitur, sed Ecclesiæ acceptatio est expressa, ac fieri solet ab iis, qui Ecclesiam repræsentant, accedentibus etiam quandoque testibus, instrumen-

mento & juramento *v.* BRUNNEM. *J.E. l. 2. c. 7. §. 6.* Requiritur autem in vovente, consensus *verus*, qui facultatem consentiendi physicam & moralem præsupponit, *serius*, qui propositum vovendi continet, nec errore, dolo vel vi injusta impeditur, ac *declaratus*, qui scilicet promissionem plene continet.

§. 7. Hinc, ex communi etiam Canonistarum sententia, nullum propositum, quantumvis firmum, aliquam voti obligationem inducit, nisi promissione firmetur *v.* BRUNNEM. *d. l. §. 5. ibique* STRYK *in not.* id quod uti quoad vota, Ecclesiam respicientia, est certissimum, ita idem dicendum de votis, Deum concernentibus, licet enim Deus plane intelligat propositum, quo quis, hoc vel illud se vovere velle, decrevit, attamen conscientiæ vinculum nondum est injectum, cum, Deum vota non captare, sed plene oblata demum acceptare, ex ratione pariter ac revelatione liquere videatur. Plane, ad valorem voti hujusmodi, non requiri declarationem expressam aut publicam, forte etiam, Clero præsente, faciendam, certum est, quo, nescio, an tendat Canonistarum doctrina.

§. 8. In voventibus requiritur usus rationis & facultas vovendi moralis, quæ tam ex ipsorum statu, quam materia, quæ vovetur, ac votorum fine æstimanda est. Illi igitur, qui aliorum imperio subsunt, in horum præjudicium, nihil vovere possunt *v. l. 2. §. 1. de pollic.* quemadmodum etiam vota de rebus turpibus vel alienis, non valent. Interim facilius vota Deo, quam Ecclesiæ similive societati, fieri posse videntur *v.* BRUNNEM. *d. l. §. 7.* & STRYK *in not.*

§. 9. Votorum, quæ Deo nuncupantur, materia, sunt *res necessariæ*, nec non *possibiles* & *licitæ*: Nam ad ea, quæ legibus divinis præcipiuntur aut prohibentur, facienda vel omittenda, voto quis se omnino obstringere potest, non minus etiam ea, quæ legibus illis non definita, sed possibilia & licita sunt, in votum recte deducuntur, ut si quis jejunium, vel certam liberalitatis speciem sibi imperet. Illorum vero votorum, quæ Ecclesiæ similive societati fiunt, materia, tantum res *possibiles* & *licitæ* sunt, nam, necessaria vovere, superfluum est, impossibilia & prohibita, stultum, injustum & impium *v. c. 15. C. 22. qu. 4. l. 2. C. ad L. Jul. Majest.*

§. 10. Licet vero in voventibus jus vovendi præsupponas, ac materia

tertia etiam, quæ vovetur, recte se habeat, vota tamen legitima non sunt, nisi etiam bona intentione, ex vero scilicet Dei amore, suscipiantur, hinc si superstitio, hypocrisis, opinio necessitatis, cultus perfectionis, meriti aut satisfactionis interveniat, vota vitiantur, quemadmodum etiam certum est, quod vota coacta & dolo elicita, Deo ingrata sint *add.* STRYK *ad* BRUNNEM. *J. E. l. 2. c. 7. §. 1.*

§. 11. Ex voto legitimo, oritur obligatio, ad ejus impletionem, si tamen illud Deo factum sit, tum actionem aliquam locum non habere, manifestum est, quod vero Ecclesiæ promissum est, actione exigi potest *v. l. 2. de pollicit.* Ex posterioris generis voto etiam hæredes obligantur *d. l. 2.* licet enim & hoc votum ex pietate proficisci debeat, attamen ob jus, creditori quæsitum, res promissa exigi potest, licet causa impellens in hærede cesset, nisi forte personale quid, v. gr. ministerium Ecclesiæ præstandum, contineat. Sed prioris generis vota hæredem non obligant, licet executio homines respiciat, v. gr. de eleemosynis, in pauperes erogandis, concepta sint, pietas enim (cujus continuatio hic utique est necessaria) coacta seu lucri repræsentatione elicita, Deo displicet.

§. 12. Putant quidem nonnulli, voti etiam personalis obligationem hæredi imponi posse, si expresse sub conditione voti continuandi, v. gr. *hæres esto, si singulis septimanis jejunium celebraverit,* instituatur, tum enim illum, hæreditatem adeundo, se, ad votum implendum, obligare *v.* STRYK *d. l. §. 6.* Sed licet ista, à sententia juris Canonici, non abeant *v. c. 6. X. de vot.* putem tamen, ex veris principiis talem conditionem perinde nullam esse, ac eam, qua quis, sub conditione certæ alicujus religionis amplectendæ, hæres instituitur *v.* CARPZ. *Dec. 89.* PHILIPP. *Us. Pr. Instit. l. 2. Eclog. 93.* quid enim interest, sive quis ad totam religionem, sive præcipuam ejus partem, pietatem scilicet, lucri repræsentatione, alliciatur?

§. 13. Hinc nec, sub conditione continuandi voti realis, seu cujus executio homines respicit, hæres institui recte poterit v. gr. *hæres esto si votum meum, de solvendis eleemosynis, continuabit,* nam simulata pietas votum vitiat. Plane, si testator continuationem serio velit, votum, in legatum, potest convertere, quo facto, dubio procul, hæres, ad id exsolvendum, tenebitur, sicut etiam id certum est, quod hæres ultro, ejusmodi vota, qualia fecerat defunctus, possit inire.

§. 14. Quem-

§. 14. Quemadmodum vero vota aliquando ab initio sunt nulla, ita ex postfacto nonnunquam etiam desinunt, si scilicet circumstantiæ, quas vota legitima præsupponunt, mutentur. v. gr. si pecunia, quam quis Ecclesiæ singulis annis voverat, in luxum & voluptates consumatur, cur non, voti obligationem desinere, existimemus? Poterit etiam voti vinculum tolli ab iis, quorum consensu est contractum, ut & per dispensationem Superioris, de qua tamen distinctius nonnihil videndum.

§. 15. Ex sententia Canonistarum, per Superiorem intelligitur Clerus *v. c. 1. 2. 5. X. de vot.* ac ad dispensationem requiritur justa causa, quæ varia esse perhibetur *v.* BRUNNEM. *J. E. l. 2. c. 7. §. 8.* sed hoc omne, ex rationibus status clericalis, æstimandum est, hinc ea causa, justa existimari debet, quæ utilitatibus Cleri quam maxime velificatur, etsi, in speciem, aliud prætexi soleat *v. c. 1. 4. 7. X. de vot.* De eo quoque disputant, utrum vera dispensatio seu voti relaxatio, an simplex saltem declaratio, qua, votum certo aliquo in casu non valere ostendatur, hic interveniat *v.* STRYK *ad* BRUNNEM. *J. E. d. l. §. 8.* sed & ista, in speciem, disputari arbitrer, cum, à libidine Cleri, votorum valor regulariter suspensus sit.

§. 16. Juxta saniora principia, Cleri, in relaxandis votis, nulla est autoritas; De cætero distingvi debet inter vota, quæ *societati humanæ*, & quæ *Deo* fiunt. Illa solum arbitrio Creditoris, cui jus quæsitum est, remitti possunt *v.* STRYK *d. l. §. 9.* ob justam tamen causam, relaxatio, à Republica & Imperante, quoque potest fieri, jura enim privata iis subsunt. Hæc autem à solo Deo remitti posse censentur, cum, ubi valida, quoad Deum, obligatio inducta est, non sit humanæ potestatis, vinculum hoc tollere STRYK *d. l. §. 8.*

§. 17. Hoc ultimum recte quidem dicitur, sed observandum tamen est, quod, uti Dei acceptatio, in votis, est præsumta *v. §. 6. h.* ita ejus dispensatio seu relaxatio, ob justas causas, quæ tamen per se, tollendæ votorum obligationi, non sufficiunt, non male præsumatur, adeo ut ipse vovens, vi dispensationis præsumtæ, se à voto immunem pronunciare queat, quod quidem eo promtius dici potest, quo minus Deo officia coacta, aut cum tædio suscepta, placent. Hinc si quis v. gr. jejunium voto sibi imposuerit, aut, ad eleemosynas pauperibus præstandas,

das, se obstrinxerit, postea vero illud cum sanitatis incommodo conjunctum, hoc vero rei familiari quodammodo molestum deprehendat, utrumque, salva conscientia, illum omittere posse putem.

§. 18. Quodsi ad vota, quæ inter homines occurrere solent, respiciamus, pauca fortassis omnibus constabunt requisitis, sed nunc, in voventibus, facultas, aut, in materia, habilitas deerit, nunc superstitio, vel prava intentio, aut dolus vel vis eadem vitiabit. Inprimis quem non erraturum putem, si vota, in papatu fieri solita, si non omnia, certe pleraque, societatum male contractarum coagula, stabiliendi Clericalis dominatus instrumenta, superstitiosa, injusta, impia, atque adeo irrita pronunciet.

CAPUT XIV.

DE CONTRACTIBUS INNOMINATIS.

SUMMARIA.

Contractus innominati quo sensu in Germania occurrant §. 1.
Permutatio & contractus æstimatorius huc non pertinent §. 2.
Hoc ultimo nomine mandatum, locatio vel venditio comprehenditur §. 3. 4.
In hunc censum referendus contractus do ut facias, qui est consensualis §. 5.
Ejus subjectum & materia §. 6.
Ad hanc quoque spectat res aliena §. 7.
Ex consensu oritur actio §. 8.
Quæ, re data, cum effectu instituitur §. 9.
Quando res data repeti queat §. 10. 11.
Contractus facio ut des, est consensualis §. 12.
Singularia circa ejus effectum §. 13.
Contractus facio ut facias, est itidem consensualis §. 14.
Ejus effectus §. 15.
Alia contractuum innominatorum exempla §. 16. 17.

§. 1.


Ost explicatas præcipuas Contractuum onerosorum & gratuitorum species, de contractibus innominatis, qui nunc illis, nunc his accedunt, non incongrue agetur. Equidem contractus innominatos, sensu juris civilis acceptos, non admitto, quin tamen tales, sensu juris Gentium, i. e. *contractus consensuales, speciali nomine carentes,* occurrant, dubitandum non est, plura enim sunt negotia, quam nomina *v. l. 2. c. 5. §. fin.* Exactum autem horum contra-

tractuum inire numerum, animus non est, exemplis saltem, in jure Romano occurrentibus, sed doctrina hypothesibus hactenus suppositis accommodata, eos illustrabo.

§. 2. De *permutatione* quidem, quæ jure civili contractibus innominatis accensetur, agendum non est, nam illa potius hodie ad nominatos pertinet, hinc ei primum locum, inter eos, etiam dedi *c. 1. h.* Sed nec *contractus æstimatorius*, quem vocant, hic considerandus est, nam revera talis non occurrit, per eum enim vel tale negotium intelligitur, *quo res vendenda alteri, gratis aut interveniente mercede, datur*, vel *quo non tantum id agitur, sed & eventualiter res accipienti venditur, adeoque hic emtore non existente, ad pretium solvendum, vel, si contrahentibus ita placuerit, ad rem reddendam obligatur v. l. 1. pr. §. 1. de æstimat. action.*

§. 3. Primo casu vel mandatum, vel locatio subest, prout vel gratis, vel interveniente mercede, negotium expediendum, susceptum est, adeoque accipiens vel pretium, pro re, alteri vendita, solvit, vel, emtore non existente, rem danti restituit, cujus etiam periculo res semper fuit. Secundo vero casu, itidem contractus memorati, ab initio, adsunt, adeoque si res tertio vendatur, danti pretium solvitur; Si vero extraneus emtor non adsit, tum ipse accipiens pretium solvere debet, ad quem etiam rei periculum spectat. Potest tamen res ipsa restitui, si contrahentibus ita visum fuerit, quo facto, à toto negotio abitur.

§. 4. Ex quibus liquet, quod in casibus, in quibus contractus æstimatorius vulgo asseritur, *mandatum, locatio* vel *venditio* occurrat. Neque etiam JCti Romani contractum æstimatorium, sed saltem, dubitationis tollendæ gratia, *actionem æstimatoriam* asseruerunt *l. 1. de æstim.* quæ erat fori Romani sollicitudo & scrupulositas, qua tamen, nisi fallor, hodie etiam non utimur, cum nulla nominum sit necessitas *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 625. seqq.*

§. 5. Porro de contractu *do ut des*, peculiariter agendum non est, cum permutatione enim is, ex veriori sententia, coincidit *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 647.* Ergo ex exemplis, vulgo commemorari solitis, huc pertinet (I.) contractus *Do ut facias*, qui hodie est *contractus consensualis, quo aliquid, pro facto præstando, promittitur.* Perficitur adeo *solo consensu*, sicut locatio & conductio, *traditio rei*, & *exhibitio facti*

ſaltem ad *conſummationem* pertinet, ſecus ac de jure civili, quo rei traditio eſt pars eſſentialis contractûs *l. 5. §. 2. de P. V.*

§. 6. Quoad *perſonas contrahentes* nihil intereſt, ſive contractum innominatum juris civilis, ſive gentium ſupponas, ſicut etiam *materia*, juxta utramque hypotheſin, erit eadem. Nimirum, à parte dantis, omnis generis res, quæ ſunt in commercio, à parte vero accipientis, quævis facta, poſſibilia & licita, in hunc contractum deduci poſſunt. Quo tamen diſcrimen à locatione, maneat, pecunia numerata, cum factis locari ſolitis, ſimul ad hunc contractum referri nequit, ſi vero pecunia cum factis locari non ſolitis, vel res alia, cum factis locari ſolitis aut non ſolitis, concurrat, tum hic contractus adeſt *l. 5. §. 2. de P. V.*

§. 7. Hoc autem, ex intentione contrahentium, facile liquet, hunc contractum, quoad rem dandam, eſſe dominii translativum: Hinc res propria promitti & dari debet, ſi autem res aliena detur, ejusque qualitas ſit cognita, tum nihil agitur, ſi vero de ea non conſtet, hactenus utique, ad exemplum venditionis, contractus valet, & quidem non tantum ratione accipientis, ut is, qualitate cognita, aut re evicta, ad intereſſe agere queat *l. 5. §. 2. de P. V. l. 7. §. 2. de pact.* ſed & ratione dantis, ut is, quamdiu qualitas rei non apparet, accipientem, ad factum implendum, adigere poſſit *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obſ. 648.* quod vulgo fruſtra negatur *v.* LAUTERB. *C. J. de P. V.*

§. 8. Effectus hujus contractus, ut eo rectius appareat, triplex ejus ſtatus eſt diſtingvendus, vel enim (1.) *nuda conventio eſt inita*, & jure civili nulla datur actio, quia eſt pactum nudum, ſed hodie, ab utraque parte, valide agi poterit, ad implendum contractum & actio recte dicetur *condictio ex moribus*, requiritur tamen, velut conditio ſine qua non, ut agens, à ſua parte, contractum impleat, vel implere paratus ſit, alias ei, exceptio contractus non impleti, obſtabit.

§. 9. Vel (2.) *alter rem dedit.* Hoc caſu jure civili inſtituitur actio *praſcriptis verbis l. 5. §. 2. l. 6. 7. de P. V.* hodie vero potius dicenda erit *condictio ex moribus*, de quo tamen non valde contendendum. Eo autem, de jure civili, actio tendere cenſetur, ut accipiens vel factum exhibeat, vel intereſſe præſtet *v.* LAUTERB. *C. J. d. l.* ſed uti hoc, etiam de jure civili, dubium, ita hodie accipiens, ad factum

præ-

præcise exhibendum, vel, ob moram, ex voluntate Creditoris, ad interesse solvendum, adigi poterit.

§. 10. Quod si factum exhibendum respiciat *certum objectum* v. gr. ut servus manumittatur, tum objecto, sine accipientis culpa, sublato, hic nihil præstat, & tamen rem acceptam retinet, nam res debita jacet periculo Creditoris; si vero *indefinitum sit ac in opera aliqua utili consistat*, v. gr. ut opus aliquod efficiatur, tum, si accipiens casu, v. gr. adversa valetudine, impediatur, quo minus factum exhibeat, rem acceptam reddere tenetur, id quod, exemplo locatoris operarum, intelligitur.

§. 11. Quodsi res adhuc integra, i. e. factum nondum quidem exhibitum, in eo tamen statu sit, ut exhiberi adhuc possit, dans, vel ob pœnitentiam propriam, vel accipientis cunctationem, rem datam, *condictione causa data, causa non secuta*, repetere potest *l. 5. §. 2. l. 7. de P. V.* quod hodie cessat, de quo, in genere, suo loco disquiram. Vel denique (3.) *utriusque præstatio facta est*, hoc casu negotium plane est consummatum, adeoque & pœnitentia cessat, & periculum casuale, ad accipientem, velut dominum, pertinet, qua in re, jus Romanum & mores nostri conspirant *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 649.*

§. 12. Porro huc referendus (II.) Contractus *Facio ut des*, qui est *contractus consensualis, quo factum pro aliqua re promittitur*; perficitur *solo consensu* juxta doctrinam *§. 5. h.* Quoad *personas* & *materiam* repetenda etiam dicta *§. 6. h.* Est quoque hic contractus, quoad rem dandam, dominii translativus, non tamen dominium præcise *verum* requiritur, sed *præsumtum* sufficit, juxta notata *§. 7. h.* Denique *effectus*, secundum triplicem negotii statum, judicandus est, ex doctrina *§. 8. seqq.*

§. 13. Circa medium tamen casum, de quo *§. 9. seqq.* in nonnullis, hic contractus à præcedente abit. Nam (1.) de jure civili disputatur, utrum, ad rem exigendam, detur actio præscriptis verbis *l. 15. 22. de P. V.* an actio doli *l. 5. §. 3. eod.* sed est controversia hodie otiosa, cum potius, *condictio ex moribus*, obtineat (2.) de jure etiam civili, res præcise erit præstanda, cum, in contractu præcedente, ex communi sententia, interesse præstari queat, de quo dixi *§. 9. h.* (3.) periculum rei dandæ hic semper est creditoris, nec obtinet distinctio, *§. 10.* data

 (4.) ob

(4.) ob pœnitentiam, vel alterius cessationem, factum exhibitum, nec de jure civili, repeti potest *v.* VINN. *S.Q. l.1.qu.46.* nisi forte rem contineat *l.4.de condict.c.d.c.n.s.l.115. de R. J.* hinc dicta *§. 11. h.* regulariter huc non pertinent *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 650. 651.*

§. 14. Denique (III.) huc pertinet Contractus *Facio ut facias,* qui est *contractus consensualis, de facto aliquo reciproce exhibendo, initus.* Perficitur *solo consensu*, & recurrit hic doctrina *§. 5. h.* Quoad *personas* quoque obtinent dicta *§. 6.* Ejus *materiam* constituunt omnis generis facta, possibilia & licita, locari solita & insolita, ad certum objectum restricta, ut *usum rei suæ concedere*, & indefinita, ut *negotia alterius expedire v.l.5. §.4.5. l.17. §.3. de P.V.*

§. 15. Inito contractu, ab utraque parte, habet locum actio, secundum tradita *§. 8. h.* si unus factum exhibuerit, alter quoque ad ejus exhibitionem cogi potest, juxta *§. 9. h.* Quoad periculum facti exhibendi, observanda etiam videtur distinctio *§. 10. h.* modo id, quod alter præstitit, repeti queat *v.l.4. de condict. c d.c.n.s.* alias periculum indistincte erit creditoris. Regulariter quoque ob pœnitentiam facientis, vel cunctationem debitoris, nec jure civili, repetitio obtinebit, juxta doctrinam *§. 13. n. 4.* Denique si uterque contractum impleverit, dubio procul, res in eodem statu manet, cum facta regulariter infecta fieri nequeant.

§. 16. De eo dubitandum non est, quin plura contractuum innominatorum exempla occurrere &, vel ex commixtione specierum adductarum, existere possint *v.l.13.§.1. de P.V.* VOET. *in comment. ad ff. de P.V.n.1.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 646.* sed eorum jura, ex hactenus dictis facile intelligi possunt, ut illa quidem persequi non attineat. Alias interpretes varia negotia, juri Romano non adeo cognita, contractibus innominatis accensere solent *v.* STRUV. *Jurispr. for. l.3. tit. 17. §.11.15.* quod facile admitti posset, modo, ex principiis æquitatis, non juris Romani eorum valor æstimaretur.

§. 17. In specie quæri potest (1.) de *concessione metallifodinarum.* Pro *contractu emphyteutico* illam nonnulli habent *v.* HORN. *Jurispr. feud. c. 9. §. 22. seqq.* Sed videtur esse *donatio sub modo*, vel etiam poterit referri ad *contractus innominatos*, sed juris Gentium (2.) de *concessione fundi*, quam dominus, pro portione hæreditaria, *einen*

Erb-

Erbkukkus, facere debet? Putat DN. HORN. *d. l.* §. 30. oriri hic obligationem ex *facto extraordinario, & dari actionem in factum.* Videtur negotium illud esse species *permutationis*, hoc tamen singulare est, quod dominus, ad rem permutandam, sit obstrictus. De utroque negotio alibi dicendi erit occasio, hic enim, illustrandæ præsentis materiæ gratia, utrumque saltem duobus verbis fuit attingendum.

CAPUT XV.
DE CONTRACTIBUS FORTUITIS.

SUMMARIA.

Contractuum fortuitorum natura §. 1.
Ad illos pertinet ludus §. 2.
Ejus varietas §. 3.
Moralitas §. 4.
Abusus §. 5.
Et effectus §. 6.
Jure civili ludi prohibentur §. 7. 8.
Quid moribus obtineat §. 9. 10. 11.
Prohibitiones exigui solent esse effectus §. 12.
Huc etiam pertinet sponsio §. 13.
Ejus causa efficiens, subjectum, materia & effectus §. 14. 15.
In hunc censum referenda emtio spei §. 16.
Sors decisoria §. 17.
Olla fortunæ §. 18. 19. 20.
Lotaria §. 21.
Assecuratio §. 22.
Et auctio §. 23.

§. 1.

EXpositis contractibus consultis, deinde fortuitu spectandi sunt *v. c. 1. §. 3. h.* In genere sunt *conventiones, vario, in diversum scilicet eventum, lucrativum & onerosum, directo consensu, constantes.* Prout igitur eventus ceciderit, ita lucrum vel damnum afferunt, aut etiam utrumque contrahentem, aliquando indemnem præstant, semper vero causam querendi excludunt, modo dolus absit. Exemplis nonnullis breviter illos illustrabimus.

§. 2. Huc pertinet (I.) *Ludus*, qui est *contractus consensualis vel conventio, qua duo pluresve, adhibitis certis instrumentis, eventum, à fortuna vel ingenio dependentem, procurant, ac, prout ille ex compacto ceciderit, ita aliquid lucrantur vel perdunt, aut etiam indemnes à contractu discedunt.* Vel brevius: Est *conventio, qua duo pluresve, sub* con-

conditione eventus incerti, fortuna vel licita arte procurandi, sibi aliquid donant.

§. 3. Distingvitur in ludum *artis*, cujus eventus, ingenio & dexteritate corporis, procuratur, *fortunæ*, ubi eventus à casu fortuito, & *mixtum*, ubi ille tam à casu quam arte dependet; iste & hic, *aleæ* nomine venire solet. Ille vero iterum distingvi potest in ludum *artis utilis*, quo, ad usum vitæ civilis, se præparant ludentes, eo referas exercitia bellica, & *jucundæ*, aut si mavis, *otiosæ*, qui recreationis, aut fallendi otii causa, suscipitur, quo plerosque ludos artis, ut latrunculorum v. OBSERV. LAUTERB. *Obs.* 290. torneamenta, similesque in *l. 1. C. de aleator.* etiam relatos v. STRYK *continuat. Usus modern. Pandect. l. 11. tit. 5.* si præsentia tempora spectes, non male retuleris *conf.* SPECIM. JUR. PUBLIC. *l. 4. c. 9. §. 24.*

§. 4. Ludos artis, licitos vulgo pronunciant *v. l. 2. §. 1. ff. l. fin. C. de aleat.* adeo ut casus fortuitus superveniens sit extra pœnam v. RAUCHBAR *p. 2. qu. 25. n. 11.* LAUTERB. *C. J. de aleat.* sed hoc saltem accipiendum est de ludis artis utilis, ludi vero artis jucundæ, ab alea, quoad moralitatem, separari non debent. Hos igitur ludos quod attinet, solent quidem à nonnullis, pro negotiis illicitis haberi v. RAUCHBAR. *d. qu. 25.* CARPZ. *Pr. Crim. p. 3. qu. 134.* BECMAN *lin. doctr. mor. c. 8. §. 12.* Sed cum sint conventiones, ac eorum materia paciscentium subsit arbitrio, ideo regulariter illi liciti dicendi sunt v. PUFENDORF *de J. N. G. l. 5. c. 9. §. 5.*

§. 5. Qui tamen ludos in consvetudinem vertunt, ac opes profundunt, illi dubio procul peccant, ac tam in Deum, quam se ipsos & proximum sunt injurii, quamdiu tamen prohibitio legis positivæ non accedit, excessus ille, peculiare saltem peccatum est, in ludos vero non influit, nec eos, in foro externo, illicitos facit, hinc casus fortuitus superveniens, hic quoque extra pœnam erit. Quod si vis aut fraus interveniat, tum, ex generalibus pactorum principiis, ludi sunt invalidi. Denique si dejerationes similesque excessus ludum comitentur, illi etiam pro peculiaribus delictis haberi debent, ludo vero non sunt imputandi.

§. 6. Seposita igitur legis positivæ prohibitione, ac remota vi & fraude, in vita civili, licite luditur, & sunt etiam ad exemplum aliarum con-

conventionum, ludi obligatorii, adeo ut, ad exigendum promissum, actio quoque possit institui, quam *condictionem ex moribus* dicere licebit, obligationem tamen non antea se exserere, quam conditio, sub qua conventio est inita, sit impleta, ex natura negotii ultro intelligitur. Sed de hoc, in foro, non facile disputatur, ludi enim legitimi inter amicos saltem instituuntur, qui promissum statim præstant, aut amico debitum remittunt. Quodsi in terminis licitæ recreationis res consistat, & modico pretio certetur, aliique excessus caveantur, etiam sine peccato luditur.

§. 7. Cæterum cum ludorum abusus sint frequentissimi, ideo alea legibus positivis prohiberi solet, qualis prohibitio, ob paritatem rationis, ad ludos artis jucundæ vel ludicræ, merito extendenda esset. Jure Romano alea prohibita est *l. fin. C. de aleator. auth.* interdicimus *C. de Episcop. & Cler.* hinc perditum repeti potest, vel nondum solutum retinetur *l. 1. l. fin. C. de aleator.* Si collusor pecuniam creditam, favente ludo, recuperaverit, eam amplius exigere nequit, si vero illa penes mutuatarium adhuc existat, repetitio ejus non deneganda videtur, pœna enim non temere afferenda erit.

§. 8. Si tertius pecuniam crediderit, eandem quoque repetet, si penes debitorem adhuc salva existat, si vero perdita sit, tum repetitionem itidem nonnulli concedunt *v.* CARPZOV. *qu. 134. n. 27.* BERLICH *p. 1. Dec. 66. n. 5. 6.* LAUTERB. *C. J. de aleator. lit. E.* sed creditor eam à victore potius repetere debebit. Aleatorum receptator pecuniam creditam non recipit neque damnum aut injuriam illatam vindicat *l. 1. pr. §. seq. de aleat.* ac insuper arbitrarie punitur BERLICH *d. Dec. 66. n. 12.* quæ pœna etiam aleatores manet CARPZ. *d. qu. 134. n. 8.* conf. STRYK *Contin. usus moder. Pand. l. 11. tit. 5.*

§. 9. Moribus Germaniæ, alea quoque prohiberi, ac aleatores arbitrarie puniri solent *v. Ordin. Polit. Saxon. de anno 1612.* tit. *vom Spiel Ordin. Provin. de anno 1555.* tit. *Topler und Spieler* CARPZ. *d. qu. 134. n. 18. seqq.* Pecuniæ etiam in ludo perditæ exactionem cessare putant *v. Landr. l. 1. art. 6. Weichb. art. 101.* CARPZ. *d. l. n. 26.* adeo ut, licet lusores in creditum iverint, tamen exceptio aleæ, aut si hanc natura processus non admittat, sed celerem solutionem exigat, reconventio minimum habeat locum *v.* STRYK *d. l.*

§. 10. Si de pecunia perdita transactum sit, transactionem quidam invalidam putant *v.* HEIG. *p. 2. qu. 10. n. 46.* CARPZ. *d. l. n. 24.* alii vero eam valere arbitrantur, cum super dolo commisso aliisque delictis transigi queat, adeoque & debitum, ex ludo ortum, transactione quoque confirmari posse videatur *v.* STRYK *d. l.* circa quod tamen non immerito quis excipere, aliud esse: *obligationem ex delictis ortam transactione remittere,* & aliud: *obligationem invalidam confirmare* sive, *delictum, in negotium licitum convertere.*

§. 11. Pecuniæ autem perditæ & solutæ, nullam esse repetitionem, communiter volunt RAUCHB. *p. 2. qu. 25. n. 94.* CARPZ. *d. l. n. 10. seqq.* sed rigori potius juris civilis hic quoque esse inhærendum censet DN. STRYK *d. l.* cum consvetudo contraria, nondum satis sit probata, & mores illi, magis sint aulici quam forenses. Plane illud ridiculum non minus quam impium est, quod, ex ore Glossatorum, pronunciat BERLICH *d. Decis. 66. n. 13.* tempore pestis, ad effugiendas melancholicas cogitationes, quemvis ludum permitti, eoque tempore, inter Deum & homines, esse bellum, ac omnes leges cessare.

§. 12. Sicut autem prohibitiones legum, non pertinent ad ludos, recreationis causa, modico pretio, institutos *v.* CARPZ. *d. qu. 134. n. 33. seqq.* ita experientia testatur, quod illæ in genere, nullius fere sint autoritatis, sed maximus ludorum abusus ubique fere dominetur *add.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 292.* Nonnullæ nationes contrario utuntur remedio, dum pecuniæ ludo perditæ rigidam concedunt exactionem, quo ita lusores à ludis deterreantur, sed & illud inefficax esse, experientia docet. Nimirum, manente causa, effectus quidem utcunque reprimi, sed penitus tolli non potest. Tolle otium, &, cum aliis malis, etiam cessabit ludorum abusus.

§. 13. In hunc censum (II.) referenda *Sponsio*, quæ est *conventio, qua, occasione contradictionis, in conversatione civili occurrentis, duo pluresve, sententiæ suæ fiducia sibi mutuo ita aliquid promittunt, ut is, cujus assertio fefellerit, alteri quid præstare debeat.* Cujus generis conventionem, in se esse licitam, ex communi pactorum doctrina, intelligitur *v. l. 21. C. mand. l. 17. §. f. de P. V. l. 3. de aleator.* FINCKELTH. *Obs. 33.* CARPZ. *p. 2. C. 19. D. 18.* LAUTERB. *C. J. de aleator.* Cum tamen ejusmodi conventiones haud sint necessariæ, ideo lege positiva prohiberi, vel saltem restringi possunt.

§. 14. Per-

§. 14. Perficiuntur *solo consensu*, ac requirunt *personas habiles*, ut & negotia *possibilia* ac *licita*. De cætero fiunt vel de rebus præteritis, vel futuris, & utplurimum quidem, utrique contrahenti incognitis, recte tamen sponsio etiam initur de re, alteri certo cognita, modo dolus absit, hic enim tam hoc, quam alio respectu, sponsionem vitiat. Sæpe etiam quæstiones voluntatis interveniunt *v.* LAUTERB. *d.l.lit.O.* quæ ex consvetis principiis interpretandæ sunt, adeo ut inprimis sensus inusitati, captiositatis vel reservationis mentalis nulla habeatur ratio *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 293. seqq.*

§. 15. De rebus autem prohibitis sponsio frustra initur *l. 3. de aleator.* hinc, libidinis similisve rei gratia, fieri nequit, sicut etiam improba sponsio est, qua crimen ambitus velatur *v. l. 61. de V.O.* Ex sponsione autem legitime inita, contra invitum, valide agi potest, & perinde erit, sive actionem illam, *ex stipulatu*, sive *condictionem ex moribus* dicas.

§. 16. Spectet etiam huc (III.) *Emtio spei*, quæ est *emtio animum donandi, ob objecti incertitudinem, habens adjunctum*, de qua jam dixi *c. 2. §. 7. h.* Prout igitur eventus ceciderit, ita aliquando est pura emtio, aliquando pura donatio, aliquando negotium ex utraque mixtum. Sicut etiam in aliis conventionibus, ita in hac quoque, quæstiones voluntatis occurrunt, in quibus decidendis, *diversus contrahendi modus d. c. 2. §. 7.* jam notatus, & *materia substrata* præcipue attendi debent *v.* PUFENDORF *de J. N. G. l. 5. c. 5. §. 6. 7.* LAUTERB. *C. J. de C. E. V. lit. O.* Ex hoc autem negotio, *actio emti venditi*, etiam juxta jus Romanum asseri posse videtur *v. l. 21. pr. de A. E. V.*

§. 17. Pertinet quoque ad hanc classem suo modo (IV.) *Sors decisoria*, quæ vel pro *eventu aliquo*, vel pro *toto negotio, in eventum aliquem concepto*, sumitur. Hoc sensu, in genere est *actus, quo id, quod voluntate humana, pure expediri poterat, sub conditione incerti eventus deciditur.* Sub ejusmodi conditione Imperans quandoque milites pericula adire jubet, vel in delictis dispensat: Privati hæreditates dividunt, vel rem, aut obligationem communem, uni adjudicant, aut imponunt. Ex quo liquet, quod diversi generis negotia, mandata scilicet, dispensationes, conventiones, consilia similiaque, sub sorte decisoria, contineantur *v.* OBSERV. PUFENDORF *Obs. 384.*

§. 18. Huc etiam referenda est (V.) *Olla fortunæ*, quæ est *conventio, qua quis spe lucri, certum pretium promittit, ea lege, ut, prout sors tulerit, vel rem æqualem, vel majorem, vel nihil accipiat.* Est igitur in effectu *emtio spei* ejusque generalis lex est, ut ea, quæ ollæ inesse dicuntur, revera etiam in illa reperiantur, nec per fraudem aliquid eximatur, quo fine nonnunquam custodes publici apponuntur.

§. 19. Conventionem hanc, in se esse licitam, negari quidem nequit, quia tamen ejus, quoad privatos, nulla est necessitas, ac illa non raro eos in periculum rei familiaris adducit, præterea etiam variis fraudibus subjacet, ideo legibus positivis prohiberi, vel restringi potest: Hoc minimùm cavendum, ne ejus exercendæ omni die sit occasio, id enim cum certissimo multorum damno conjunctum est, qui, dum lucrum aucupantur, temporis & bonorum jacturam faciunt, id quod *ludus Regius*, quem vocant, quique conventionis hujus species, ac ut alibi, ita Lipsiæ etiam satis notus est, inprimis comprobat.

§. 20. Aliquando autoritate publica, in usum Reipublicæ vel pauperum, ejusmodi Ollæ instituuntur, sive homines, ad hasce conventiones, invitantur, quibus communis loquendi usus *Lotteriarum* nomen dedit. Quod institutum omnino probandum est, si pecunia in legitimum finem impendatur, nam nimis scrupulosi sunt, qui, pauperibus hac ratione non recte succurri, existimant, cum enim obligatio, ad exercendam liberalitatem, sit satis laxa, nec præcise obliget, ideo modus eam exercendi, arbitrio humano subjacet.

§. 21. Contractibus fortuitis etiam annumeranda (VI.) *Lotaria* seu *Riffa*, quæ est *conventio, qua plures de re, quam collatitia pecunia emunt, post sorte decernunt, cui soli ea tota debeat cedere* v. PUFEND. *de J. N. G. l. 5. c. 9. §. 6.* BECMAN *lin doctr. moral. c. 8. §. 13.* Est contractus ex emtione & sorte decisoria mixtus. De cætero dubium non est, quin ex conventionibus *§. 17. seqq.* memoratis, etiam detur actio, quamdiu legis prohibitio non accessit, aut dolus similisque causa impediens, non intervenit, poteftque illa, *actio in factum* vel *condictio ex moribus* dici. Sed de hac non adeo frequenter quid auditur, cum plerumque executio ipsi conventioni sit implicita.

§. 22. Non minus huc referri debet (VII.) *Assecuratio*, quæ est *conventio, qua quis mercium transportandarum vel advehendarum securi-*

curitatem asserit, ac, si assertioni eventus respondeat, certam mercedem, à domino earum, sibi stipulatur, sin minus, illarum æstimationem promittit. Sæpe hic contractus, cum temeritate vel injustitia, est conjunctus, quamdiu tamen legis prohibitio non accedit, aut dolus probari nequit, tamdiu utique validus est, ex eoque agi poterit. Debet, ut alibi, ita hic etiam, justa interpretatio observari, hinc, si v. gr. merx in portu, aliquo casu pereat, assecuranti merces nihilominus est exsolvenda *add.* PUFENDORF *de J.N.G. l.5. c.9.* ZIEGLER *de J. M. l. 1. c. 41. n. 26. seqq.*

§. 23. Denique huc referri potest (VIII.) *Auctio*, quæ est *venditio, ea lege, in plures licitantes, facta, ut ei res cedat, qui maximum pretium obtulerit.* In eo igitur, hæc conventio, aleæ quid continet, quod pretium, non speciali tractatu, seu certo consensu, sed per fortuita licitantium certamina, determinetur. Generalis ejus lex, à parte emtorum, est, ne in perniciem venditoris colludant, à parte vero venditoris, quo mutua illa licitantium certamina, libera relinquat, nec, artibus clancularis, eadem intendat, aut res, venum expositas, ad se iterum trahat, hoc tamen officium, seposita lege civili, non adeo certum est. Cætera, ex consvetis emtionis venditionis regulis, fere dijudicanda sunt *conf. c.5. §.7. h.l.*

CAPUT XVI.
DE FIDEJUSSIONE.

SUMMARIA.

Transitus ad fidejussionem §. 1.
Ejus divisio §. 2.
Perficitur solo consensu §. 3.
Cum constituto & mandato fere convenit §. 4.
Fidejussionis subjectum §. 5. Materia §. 6.
Accedit etiam obligationi naturali §. 7.
Quod exemplo pupilli § 8.
Et mulieris declaratur §. 9.
Jure novo illud cessat §. 10.
Fidejussor ultra quantitatem obligationis principalis non tenetur §. 11.
Nec ante debitorem principalem §. 12.
Inter plures obligatio dividi solet §. 13.
Beneficium ordinis & divisionis aliquando cessat §. 14.
Fidejussori competit beneficium cessionis §. 15.
Obligatio ejus, pro conventionis diversitate, est diversa §. 16.
In hæredes transit §. 17.
Contra fidejussorem datur actio personalis §. 18.
Remedio ex L. si contendat, exceptio divisionis confirmatur §. 19.

§. 1.



Ontractibus principalibus, addendæ sunt conventiones accessoriæ *v. c. 1. §. 3.* Adjiciuntur autem, ut vel contractus principales varia ratione temperent, de quibus dictum *c. f. h.* vel ut firmiores reddant, quo pertinet *Fidejussio* & *contractus Pigneratitius*, de quibus nunc agendum. Fidejussio est *contractus consensualis, quo quis alterius obligationem, in majorem Creditoris securitatem, ita in se suscipit, ut principalis debitor quoque maneat obligatus l. 5. §. 2. de V. O. l. 1. §. 8. de O. & A. l. 65. ff. l. 5. C. de fidejuss.* dicitur etiam adpromissio *d. l. 2. §. 2. de V. O.*

§. 2. Dividitur (1.) à *causa movente*, in *necessariam*, quæ ex obligatione fieri debet, & *voluntariam*, quæ ex libertate & rationibus œconomicis fieri solet *l. 7. §. 1. qui satisd. cog. l. 13. de usufr.* (2.) à *diverso constituendi modo*, in *judicialem*, quæ in judicio, & *extrajudicialem*, quæ extra illud contrahitur (3.) ob *objecto*, in *principalem*, quæ pro debitore principali, & *subsidiariam*, quæ pro fidejussore, apud creditorem *l. 8. §. f. l. 27. §. 2. 4. de fidejussor.* vel etiam quæ pro debitore, apud fidejussorem fit *l. 4. de fidejuss.* (4.) à *fine* in *absolutam*, qua quis pro debito simpliciter, & *restrictam* seu *indemnitatis*, qua pro residuo debito se obligat *l. 16. §. f. de fidejuss. l. 21. de solut. l. 116. de V. O.*

§. 3. Perficitur fidejussio *nudo consensu*, quomodocunque declarato, v. gr. manu stipulata, vel subscriptione chirographi, in quo scriptum est, subscribentem, fidejussorem esse datum *v.* CARPZ. *p. 2. C. 19. D. 17. C. 20. D. 9.* HERING *de fidejussor. c. 11. n. 41. 165.* Debet tamen consensus esse habilis, ac adeo in specie liber; libertati vero non obest necessitas moralis, qua quis fidejubere nonnunquam tenetur *v. Nov. 115. c. 3. §. 8.* FINCKELTH. *Obs. 99.* De cætero instrumento, de fidejussione testanti, tamdiu fidem esse habendam, donec contrarium fuerit probatum, ex communibus etiam principiis patet *v. l. 30. de V. O. l. 1. 14. C. de C. & C. stipul.*

§. 4. Jure Romano, præter consensum, etiam verba inter præsen-

sentes prolata requiruntur *l. 8. ff. l. 12. C. de fidejuss.* consensus tamen quomodocunque declaratus valuit etiam jure prætorio, in vim *constituti l. 1. §. 1. l. 5. §. 2. ff. l. fin. C. de constit. pecun. §. 9. I. de action.* modo ea intentione fuerit datus *l. 1. §. 4. de constit. pecun.* Sed hodie fidejussio & constitutum, pro alio factum, coincidunt, hinc *d. l. 1. §. 4.* nullus amplius est usus. Quodsi quis aliquem cum alio contrahere jusserit, tum *mandatum* subest *§. 6. in fin. I. de mand. l. fin. §. 1. mand.* quod tamen in effectu, cum fidejussione, hactenus coincidit *v. l. 41. §. 1. de fidejussor.*

§. 5. Fidejussores accipere possunt omnes creditores, etiam inhabiles, ut pupilli, nam faciunt conditionem meliorem; nisi in specie prohibeantur, ut uxor ratione dotis, à marito repetendæ *t. t. C. ne fidejuss. dot. dent.* HERING. *de fidejuss. c. 6. n. 98. seqq.* etsi alii fidejussionem inter volentes factam, validam putent *v.* CARPZ. *p. 2. C. 42. D. 17.* Fidejubere autem possunt omnes, qui usu rationis gaudent, liberam rerum suarum habent administrationem nec specialiter prohibentur. Quidam ergo excluduntur per regulam, ut furiosi, pupilli prodigi similesque, alii per exceptionem, ut milites *l. 31. C. de locat.* Clerici *c. 1. X. de fidejussor. can. 29. c. 11. qu. 1. Nov. 123. c. 6.* Curiales *l. 30. C. de locat.* (quarum tamen sanctionum hodie nullus videtur esse usus) & fœminæ, ob SCtum Vellejanum *v.* HERING *de fidejussor c. 7.*

§. 6. Respicit fidejussio obligationem alienam, vel constitutam vel constituendam *l. 6. §. fin. l. 16. pr. de fidejussor.* & nihil refert, sive obligatio sit ex contractu *l. 1. 2. 8. §. 1. eod.* sive ex delicto *l. 8. §. 5. eod.* Etiam in criminibus fidejussor intervenire potest, non quidem ad hoc, ut ipse pœnam corporis afflictivam subeat, sed ut, reum in judicio, sisti, caveat ac, eo non comparente, pecuniam promissam exsolvat *l. 1. de custod. reor.* judex tamen non in omnibus criminibus fidejussorem indistincte recipere debet *v.* CARPZ. *Pr. Crim p. 3. qu. 112. n. 30. seqq.*

§. 7. Nihil etiam refert, sive sit obligatio mixta, sive naturalis tantum *l. 6. §. f. l. 16. §. 3 de fidejuss.* modo sit plena *l. 7. eod.* nec jure civili reprobata, ut filiifam. mutuum accipientis *l. 9. §. 3. de SCto Maced.* aut fœminæ intercedentis *l. 16. §. 1. ad SCt. Vellej.* nam his casibus fidejussori exceptio competit, adeoque fidejussio invalida est.

Ejus-

Ejusdem generis est etiam obligatio mere civilis, quam vocant, nam huic etiam fidejussor accedens, valide non obligatur, sed exceptione gaudet *v. l. 14. §. 6. quod met. caus. l. 12. C. de non num. pecun.*

§. 8. Juxta hæc igitur ei, quod ex pacto nudo debetur, poterit accedere fidejussor *l. 6. §. 2. de fidejussor. junct. l. 5. §. 2. de solut.* hoc tamen exemplum hodie cessat. Non minus pro pupillo, sine tutore, contrahente, & locupletiore non facto, fidejussor valide se obligat, nam, ad hunc effectum, ille, ex sententia juris Romani, naturaliter omnino obligatur *l. 127. de V. O.* hinc etiam, in expromissione, pupillus eodem modo obstringitur, ut prior debitor obligationi eximi queat *l. 1. de novat. §. 3. I. quib. mod. toll. oblig.* Illud tamen palam est, quod talis sponsor, proprie non sit fidejussor *l. 6. de V. O.* sed expromissor *l. 25. de fidejuss.* sic textus hos, in quibus componendis alias valde desudant, rectissime forsitan composueris.

§. 9. Ex dictis quoque inferendum, quod pro muliere, sine curatoris consensu, ex legibus provincialibus necessario, contrahente, fidejussor obligetur CARPZ. *p. 2. C. 15. D. 7.* cum enim ejusmodi mulierum contractus, ex rationibus juris civilis, æstimari liceat, argumentum à pupillo desumtum, validum omnino videtur; accedit, quod fidejussio tum demum inefficax sit, si mulieris obligatio plane improbetur *l. 16. §. 1. ad SCt. Vellej.* quod hic factum non est, ubi potius ejus validitas, in præjudicium tertii, ideo quoque admissa videtur, ne alii hujus generis contractibus temere se immisceant, nisi imprudentiæ suæ pœnas velint luere. Interim alii aliter sentiunt, ac fidejussionem, pro muliere factam, invalidam pronunciant. *v.* DN. D. GRIBNER. *dissert. de fidejussor. mulier. apud Saxon. sine curator. contrah. hab. Lips. 1703.*

§. 10. Cæterum hactenus dicta pertinent ad jus antiquum, juxta quod in arbitrio creditoris erat, fidejussores, etiam ante debitorem, convenire. Sed, postquam beneficium ordinis ipsis fuit datum, illa, nisi me omnia fallunt, sunt sublata, nam debitor naturalis solvere non tenetur, ante eum vero fidejussor conveniri nequit, hinc necessario Creditor nihil accipiet ac omnis fidejussio, obligationi naturali accedens, jure novo, invalida erit, nisi ordinis beneficio fuerit renunciatum. Nec obest, si, *tali fidejussioni renunciationem tacite inesse*, dicas, nam hoc

hoc probari nequit, aut si contendas, *fidejussorem solvere debere, quando debitor nihil præstat*, fidejussoris enim obligatio se saltem exserit, si debitor non *possit*, non vero, si non *debeat* solvere.

§. 11. Obligatur fidejussor *accessorie*, hinc non potest obligari in summam majorem *l. 8. §. 7. de fidejussor.* quoad quantitatem tamen concurrentem hodie tenetur CARPZ. *p. 2. C. 19. D. 9.* arctius vero obstringi potest v. gr. juramento, aut naturaliter & civiliter, sed hoc ultimum exemplum, quod vulgo affertur, incongruum est, nam jure antiquo tenetur ut expromissor, novo vero, plane non est obligatus, ut modo dixi, hinc neutro respectu obligatio fidejussoria adest.

§. 12. Porro exinde sequi videtur, quod fidejussor non obligetur ante debitorem principalem. Sed hoc dubiæ est æstimationis, nec improbabilis est sententia juris antiqui, electionem Creditori concedentis *l. 2. 3. 5. 17. 23. C. de fidejussor.* sed prior sententia jure novo *Nov. 4. c. 1.* confirmata est, hinc fidejussori, ante debitorem principalem convento, datur exceptio *Ordinis* sive *Excussionis*, quæ dilatoria est, si eo tempore, quo excipitur, debitor jam non sit solvendo, peremtoria vero, si tempore objectæ exceptionis, idoneus existat *arg. l. 51. §. 1. de fidejussor.*

§. 13. Plures fidejussores obligantur ut correi debendi *l. 3. C. de fidejuss.* quod hic singulare est, cum alias illa obligandi ratio non adsit, nisi expresse hoc actum sit *l. 9. C. si cert. pet. l. 9. ff. auth.* hoc ita *C. de duob. reis.* Datur tamen ipsis exceptio *divisionis* seu ex *epistola D. Hadriani* ut actio dividatur, & à singulis portio virilis exigatur *l. 26. de fidejussor. l. 3. C. eod.* quæ itidem dilatoria & peremtoria est, pro diverso confidejussoris statu *§. 4. I. de fidejussor. l. 51. §. 1. eod.* Non dividitur autem obligatio ipso jure, sed objecta demum exceptione *l. 26. ff. l. 3. C. de fidejussor.* hinc si unus creditori solidum solvat, ab eo nihil repetit *l. 49. §. 1. in fin. eod. v. l. 1. c. 8. § 29.*

§. 14. Cessat utrumque beneficium, ordinis & divisionis, si ei renunciatum sit *l. p. C. de pact. v.* CARPZ. *p. 2. C. 17. D. 1. seqq.* Præterea posterius etiam deficit ob confidejussoris inidoneitatem *l. 26. ff. l. 3. C. de fidejussor.* quam probare debet creditor, in ea enim se fundat *l. 2. de probat.* quamvis, ante concessum divisionis beneficium, fidejussor idoneitatem confidejussoris probare debuerit, admissa ultro, à

creditore, divisione *l. 10. pr. de fidejuss. v. l. 2. c. 6. §. 15.* Porro cessat ob mendacium rei *l. 10. §. 1. de fidejuss.* favorem creditoris *l. 12. in fin. rem pup. salv. for.* & qualitatem alterius fidejussoris *l. 27. §. f. l. 48. pr. §. 1. de fidejuss.*

§. 15. Fidejussori, integrum soluturo, datur Exceptio *cessionis* sive *cedendarum actionum*, vi cujus exigit à creditore, ut actiones personales & reales, contra debitorem & cæteros fidejussores, competentes, sibi cedat *l. 2. 11. 14. 21. de fidejussor.* CARPZ. *p. 2. C. 17. D. 22.* Non obstat etiam huic exceptioni renunciatio CARPZ. *d. l. D. 17.* cum enim Creditoris nihil plane intersit, actionesque ei imposterum non amplius prosint, hinc renunciatio haud seria fuisse censetur *v. l. 2. §. 5. in fin. de aqu. pluv. arc.* Est quidem illa exceptio saltem dilatoria, potest tamen in ipso executionis termino opponi, cum antea nondum sit nata *l. 41. §. 1. de fidejussor.* juxta jus strictum, ante solutionem, cessio peti debet *l. 76. de solut.* sed juxta rationem, æquitatem & praxin, etiam post illam recte exigitur, imo, ipsa solutione, actio est emta, & nihil, nisi instrumentorum editio, restat *l. 36. de fidejuss.* CARPZ. *p. 2. C. 17. D. 16. v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 1168. v. supra c. 4. §. 3. 12.*

§. 16. Sicut autem obligatio fidejussoris, ab ejus voluntate, dependet, ita, juxta hujus mensuram, illa est judicanda. Hinc si ad certam summam se obligaverit, ultra illam nihil, nec adeo usuras, debet *l. 68. §. 1. l. 8. §. 7. de fidejussor.* CARPZ. *p. 2. C. 19. D. 2.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 1166.* Si autem simpliciter pro aliquo fidejusserit, tum omne id, quod ex natura negotii principalis profluit, tenetur præstare *l. 56. §. 2. de fidejussor. l. 32. §. 2. de usur.* CARPZ. *p. 2. C. 19. D. 8.* si denique, in omnem causam, se obligaverit, tum ea etiam præstat, quæ ex novis factis dependent *l. 54. pr. locat. l. 5. C. de pact. inter emtor.*

§. 17. Hæredes quoque fidejussoris obligantur *l. 4. §. 1. ff. l. 24. C. de fidejussor. l. 12. 49. de O. & A.* licet fidejussor dixerit, se tantum teneri velle *l. 38. pr. de V. O. l. 8. §. 4. de pign. action. l. 7. §. 8. de pact.* modo hæredes expresse non exceperit *v.* CARPZ. *p. 2. C. 20. D. 1. seqq.* Plures tenentur pro portione hæreditaria *l. 1. C. de hæredit. action. l. 1. C. si cert. pet. l. 6. C. fam. ercisc.* hinc si unus, per errorem, solidum solvat, partem à creditore repetere potest *l. 49. §. 1. de fidejussor.*

Cum

Cum igitur nimis molestum sit Creditori, in plures distringi, consultum erit, si à Magistratu divisionem hæreditatis, donec sibi satisfactum sit, inhiberi curet.

§. 18. Ad istas præstationes obtinendas, datur *actio personalis*, creditori & hæredibus, adversus fidejussores & hæredes, quæ, *actio ex stipulatu*, vel *condictio certi* dicitur *pr. I. de V. O. l. 24. de R. C. l. 74. 75. de V. O.* hodie *condictio ex moribus* quoque dici poterit. Fidejussori vero, adversus creditorem, ex contractu, nulla datur actio, ne tamen, ex mora Creditoris, damnum sentiat, prospicere, eoque nomine creditorem provocare potest, quo pertinet *Remedium ex l. si contendat 28. de fidejuss.* quod adeo meri juris Romani censeri non debet.

§. 19. Spectat autem illud remedium, ad confirmandam divisionis exceptionem, hinc etiam per *modum Exceptionis* proponi dicitur. Nimirum cum fidejussoribus competat beneficium divisionis, quando confidejussores solvendo sunt, ideo, si, isto rerum statu, Creditor neque contra debitorem, neque fidejussores agat, poterit unus, cujus interest exceptionem divisionis sibi conservari, petere, quo Creditor ad exceptionem, sibi jam competentem, respondeat, eoque secuto, exceptio illa ita confirmetur, ut, ejus virtute, contra actionem creditoris, fidejussor imposterum semper tutus sit. Hoc facto Creditor provocatus, vel replicando respondet, vel actionem sibi competentem instituit.

§. 20. Aliquando fidejussor ratam partem solvere paratus est, sed Creditor eam, ex voto illius, acceptare non vult, nec tamen etiam tempestive contra debitorem vel fidejussores agit. Hoc casu peti potest, ut creditor oblatam partem acceptare, actionesque, pro ejus quantitate, cedere, provocantem ex obligatione dimittere, ac, confirmata Divisionis exceptione, residuum vel à debitore, vel cæteris fidejussoribus, petere debeat, quo casu Remedium hoc, per *modum actionis* proponi creditur *v.* DN. D. BARTH. *disputat. de negat. contract unilateral. §. 5.* Sed forte discrimine illo non opus est, cum provocans exceptionem solutionis consequi, divisionis vero confirmari, intendat, adeoque desiderium suum, etiam hoc casu, per modum exceptionis, proponere videatur.

§. 21. De eo etiam dubitandum non est, quin fidejussor, confirmandæ Ordinis exceptioni, Creditorem provocare queat, cum enim,

 debi-

debitore idoneo existente ad solvendum non teneatur, ideo, si, hoc casu, creditor moras nectat, provocari omnino potest, quo ad exceptionem respondeat, eoque secuto, exceptio, in securitatem fidejussoris, confirmetur, subest enim eadem æquitatis ratio, ne scilicet ex mora alterius, alter damnum sentiat, & licet tale remedium provocatorium à veteribus JCtis, traditum non sit, attamen hoc æquitati obesse non debet, maximè cum illi, non aliam ob causam siluerint, quam quod olim fidejussoribus beneficium ordinis non competeret.

§. 22. Quod fidejussor solvit, id à debitore principali repetere potest, actione mandati, si pro sciente & volente *l. 4. pr. de fidejuss. l. 6. §. 2. l. 18. 10. §. 11. mand.* vel negotiorum gestorum, si pro ignorante solverit *d. l. 4. de fidejuss. l. 20. §. 1. mand.* si vero pro invito fidejusserit & solverit, nullam habet actionem, cum donaverit *l. 40. mand. l. 24. C. de N. G.* Potest etiam actionibus, à creditore cessis, contra debitorem uti *l. 2. C. de fidejuss.* quæ etiam eo casu, quo, pro invito, fidejusserat, efficaces sunt, agit enim ex jure creditoris.

§. 23. Potest autem fidejussor ex suo jure, demum agere, postquam solvit, & quidem sine culpa *l. 10. §. 12. ff. l. 10. C. mand.* quo casu omne id, quod fidejussionis nomine ei abest, adeoque etiam expensas & usuras repetit *l. 32. §. 2. de usur. l. 12. §. 9. mand. l. 19. §. 4. de N. G. c. 2. 3. X. de fidejuss.* non tamen usuras maximas, licet pecuniam solutam, sub maximis usuris, ab alio mutuatus sit, hoc enim damnum suæ imprudentiæ imputet *l. 10. §. 12. l. 29. mand.* CARPZ. *p. 2. C. 30. D. 16.* FRANSK *2. Resol. 10. n. 96. seqq.* Aliquando etiam fidejussor agit, licet nihil solverit *l. 10. §. 13. l. 38. §. 1. ff. l. 10. C. mand. c. f. X. de fidejuss.*

§. 24. A confidejussoribus etiam, ratam partem, actionibus cessis, repetere potest fidejussor solvens *l. 17. 39. ff. l. 11. C. de fidejuss.* quo tamen casu expensas, ante cessionem, factas non consequitur, quia hoc nomine actio Creditori cedenti non competiit CARPZ. *p. 2. C. 17. D. 23.* Ex jure proprio autem, adversus confidejussorem, agere nequit *d. l. 17. 39. ff. l. 11. C. de fidejuss.* CARPZ. *d. l. D. 15.* Sed hoc ex falsa fluit hypothesi, quam *l. 2. c. 6.* in genere refutavi, hinc, si rationem valere patiamur, omnino etiam propria actione experiri ac expensas quoque cum ratione factas, pro rata recuperare poterit fidejussor *add.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 1169.*

§. 25. Fi-

§. 25. Fidejussio extingvitur (1.) sublata obligatione principali *l. 43. de solut.* non vero subjecto ejus saltem mutato *l. fin. de duob. reis*, si minor obligationi eximatur, fidejussor quoque manet obligatus *l. 13. pr. de minor.* quod tamen hodie non obtinere puto *v. §. 10. h.* (2.) elapso tempore *l. 44. §. 1. de O. & A.* & nihil refert, sive simpliciter se obligaverit fidejussor, sive insuper protestatus sit, quod ultra tempus teneri nolit, eadem enim utrobique est ratio, si vero quis ratione summæ, per tempus determinandæ, se obstrinxerit, tum semper tenetur *l. 7. locat.* quia pura est fidejussio *v.* Observ. Lauterb. *Observ.* 1170. (3.) remissione, solutione cæterisque modis usitatis *conf.* Lauterb. *C. J. de fidejuss.*

Caput XVII.
DE CONTRACTU PIGNERATITIO.

SUMMARIA.

§. 1.

Pignus varia ratione constitui *l. 3. c. 16. §. 3. 7.* ostensum est. Inprimis, firmandis aliis obligationibus, inter vivos, pignus constituitur, & quidem, pro diversitate rerum oppignorandarum, vel *nuda conventione*, vel *contractu pigneratitio.* Illa est *conventio, qua debitor in re, à se possessa, creditori pignus sive hypothecam constituit l. 17. §. 2. de pact. l. 1. de pigner. action.* De re vel tradenda, vel restituenda, hic nulla est quæstio, hinc etiam hæc conventio, inter contractus, non consideratur, sed ad jus reale, quod inde

oritur, quodque *l. 3. c. 16.* explicatum est, saltem respicitur. Quodsi tamen ex postfacto, Creditor rem in suam recipiat possessionem, tum eadem obtinent, quæ circa contractum pigneratitium.

§. 2. Contractus pigneratius, hodie est *contractus consensualis, de re, in securitatem creditoris, tradenda & oppignoranda, eademque sublato debito, illæsa reddenda.* Convenit adeo, cum conventione hypothecæ, quod utrobique solo consensu, negotium perficiatur, sed in eo differt, quod, in conventione, nulla sit rem tradendi reddendique intentio, sed, in contractu pigneratitio, de utroque agitur: ibi jus pignoris reale, sola conventione, hic, per traditionem demum, producitur, ibi solum jus reale spectatur, hic vero, præter illud, jus personale, quoad rei restitutionem & traditionem, occurrit, quo respectu, contractus pigneratitius, inter cæteros, etiam locum meretur *add.* OBSERVAT. LAUTERB. *Obs. 302. 656.*

§. 3. Perficitur contractus pigneratitius *solo consensu*, rei tamen traditio, ad consummationem, est necessaria, secus ac de jure civili, quo, ad perfectionem, requiritur *l. 1. §. 6. de O. & A. §. fin. I. quib. mod. re contrah. oblig.* de cætero ea est traditionis intentio, ut jus pignoris & possessio naturalis, in accipientem, transferatur *l. 35. §. 1. de pign. act. l. 13. 16. de usurp.* Requirit etiam hic contractus *personas idoneas*, quæ valide se obligare possunt *l. 38. de pign. action. add. l. 11. §. 6. seqq. eod.* & *materiam habilem l. 9. §. 1. de pign. action. l. 1. §. 2. quæ res pign. dar.* res tamen inhabilis, quamdiu ejus conditio incognita est, pro habili quoque habetur *arg. l. 10. §. 4. l. 19. de A. R. D.*

§. 4. In specie res mobiles & immobiles huc pertinent, de his tamen frequentius nuda conventio saltem initur *§. 7. I. de action. l. 9. §. 2. de pign. action. l. 238. §. 2. de V. S.* Res quoque usufructuaria potest oppignorari *l. 11. §. 2. de pign.* ut & nomen *l. 4. C. quis res pign.* si scilicet ejus instrumentum Creditori tradatur, nam aliàs erit nuda conventio. Rem etiam alienam admittit hic contractus quoad certos effectus, tam ratione debitoris *l. 9. §. 4. l. 22. §. 2. de pign. action.* quam creditoris *l. 9. pr. l. 16. §. 1. l. 32. eod. l. 6. C. si alien. res pign. dat.*

§. 5. Inito contractu, debitor ad rem tradendam tenetur, quæ obligatio, juxta hypothesin juris civilis, est incognita. Re tradita, creditor jus reale pignoris consequitur, ex quo *actio hypothecaria* descendit,

dit, quæ pignore, nuda conventione, vel alio actu, constituto, itidem obtinet, de quo *l. 3. c. 16.* in genere actum. Præterea creditor, ad rem reddendam, ac debitor, indemnitatem præstandam tenetur, quo respectu, *actio pigneratitia* locum habet, quæ in directam *l. 9. §. 3. 4. 5. de pign. action.* & contrariam *l. 1. §. 2. l. 8. pr. l. 9. pr. l. 16. §. 1. eod.* distingvitur, sed cum hæc hodie, ad pignus etiam consequendum, pertineat, rectius utraque, directa dicetur *v. c. 11. §. 11.*

§. 6. Actio pigneratitia directa, est *personalis, competens debitori & hæredibus, adversus creditorem & hæredes, ad rem oppignoratam, soluto pignoris vinculo, recuperandam.* Oritur ex contractu *§. f. I. quib. mod. re contrah. obl. l. 1. §. 6. de O. & A.* sed non antea vim suam exserit, quam sublato pignoris vinculo *l. 9. §. 3. de pign. action.* Si creditor possessionem hypothecæ ex postfacto consequatur, actio pigneratitia itidem locum habet *v. l. 13. de pign. action. l. 7. de distract. pign. l. 34. de damn. inf.*

§. 7. Datur debitori & hæredibus, adversus creditorem & hæredes *l. 49. de O. & A. l. fin. C. si vend. pign. agat.* non etiam contra tertium possessorem *d. l. fin.* quia est personalis, adeoque nec contra fidejussorem *l. 2. 26. de pignor.* aut creditoris creditorem, cui ille pignus pignori dedit *l. 27. de pign. action.* Potest tamen ab his, res vindicari, vel actionibus cessis *c. 6. X. de pign. l. 40. §. f. de pign. action.* aut aliquando ex proprio contractu descendentibus *l. 2. de pign.* repeti.

§. 8. Competit actio, ad res oppignoratas recuperandas *§. f. I. quib. mod. re contr.* licet alienæ fuerint *l. 22. §. 2. de pign. action.* nec potest creditor exceptionem dominii alieni opponere *l. 9. §. 4. de pign. action. l. 12. §. 1. de distr. pign. l. 11. sol. matrim.* bene tamen proprii, si illa evidens sit *l. 31. §. 1. depos.* Competit etiam ad fructus perceptos & percipiendos *l. 1. 2. 3. C. de pign. action.* si scilicet res cum pacto antichretico creditori fuerit concessa *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 407.* poterit tamen creditor, ab hoc onere, se liberare, si rem, sub pacto retractus sibi vendi, vel, pro certa pensione, locari curet *v.* STRYK *in not. ad* LAUTERB. *de pign. act. lit. O.*

§. 9. Præterea debet etiam Creditor in re oppignorata, dolum & culpam præstare *l. 14. 22. §. f. l. 30. de pign. act. l. 5. 7. C. eod. l. 19. C. de pignor. l. 9. §. 5. de reb. autor. jud. poss. l. 5. §. 2. l. 18. pr. in fin. comm.*

non

non tamen levissimam *l. 13. §. 1. de pign. action.* ubi pro: *ut* legendum, *at* ex conjectura NODTII *v.* HUBER *posit ad l. quib mod. re contrah. oblig. n. 50.* nisi aliter conventum sit *l. 6. C. de pign. action.* aut creditor propria autoritate rem occupaverit *l. 30. ff. eod.* De casu fortuito non tenetur creditor *l. 5. 6. C. de pign. action. l. 13. §. 1. ff. eod. l. 19. C. de pignor.* nisi conventio *l. 6. C. de pign. act.* vel culpa accesserit *l. 30. ff. eod.* quo nomine aliquando repromittendum est *l. 15. eod.*

§. 10. Tenetur autem Creditor, si possit, rem præcise præstare *l. 40. §. f. de pign. act. l. 68. de R. V.* quod hodie inprimis verum est, modo pignus sit solutum *v. l. 9. §. 3. l. 24. §. f. de pign. action.* aliquando etiam, durante pignore, ratione ejus, quod interest, valide agi potest *l. fin. eod.* Quodsi commoda quædam, occasione pignoris, sit consecutus, illa etiam præstare debet *l. 13. pr. l. 22. pr. §. 1. de pign. act. l. 12. §. 1. de distract. pign.* Si pignus legitime distractum, & pecunia creditori soluta sit, residuum cum usuris, ob moram vel usum, debitori præstandum *l. 6. §. 1. l. 7. de pign. action.* quæ præstationes, pignore adhuc existente, cessant *l. 40. §. fin. eod.*

§. 11. Si creditor, ex distractione, pecuniam nondum acceperit, nihilominus debitori, ad residuum exsolvendum, obligatus videtur *l. fin. C. de distr. pign. l. fin. C. si vend. pign. agat.* nisi hic moræ nimis sit impatiens, tum enim actionis cessionem admittere tenetur *l. 24. §. 2. de pign. act. conf. l. 9. de distr. pign.* Quodsi vero Creditor, in distrahendo pignore, bona fide versatus non sit, tum ad omne interesse tenetur *l. 7. C. de distr. pign. l. 1. 4. C. si vend. pign. ag.* quod aliquando etiam cum ipsa re exigitur *l. 9. §. fin. de pign. action.* De cætero actio pigneratitia directa, nullo tempore præscribitur, cum enim debitori supersit dominium, præscriptio juris personalis est inefficax *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 408.*

§. 12. Actio pigneratitia contraria, est *personalis, competens Creditori & hæredibus, adversus debitorem & hæredes, ad rem pignori dandam, ac indemnitatem, ejus nomine, præstandam.* Oritur adeo, sine dubio, etiam ex contractu pigneratitio, præstationes tamen fieri debent, prout indoles negotii successivi id exigit. Quodsi hypothecæ possessio, ex postfacto, ad creditorem pervenerit, ratione indemnitatis, ei quoque hæc actio competit.

§. 13. Da-

§. 13. Datur hæc actio (1.) ad *rem pignori dandam*, quæ præstatio jure civili incognita est, hodie vero omnino afferi debet *v. §. 5.* interim non facile actio hoc nomine instituetur (2.) ad *indemnitatem consequendam*, ob rei qualitatem *l. 1. §. 2. l. 9. pr. l. 16. §. 1. l. 32. l. 36. pr. §. 1. de pign. action.* damnum, ex re oppignorata, acceptum *l. 31. cod. l. 61. §. 1. 3. de furt.* ob impensas in eam factas *l. 8. pr. §. 1. l. 22. §. f. l. 25. ff. l. 7. C. de pign. action.* Præscribitur hæc actio 30. annis, nulla enim ratio adest, ob quam à regula *l. 3. C. de præscript. 30. vel 40. ann.* discedendum sit.

§. 14. Ex his liquet, *actionem pigneratitiam* & *hypothecariam* penitus differre, illa (1.) oritur ex contractu & jure personali, hæc ex jure pignoris reali, per contractum, vel alium modum, constituto (2.) illa versatur circa pignus promissum & solutum, hæc constitutum præsupponit (3.) illa datur debitori & creditori, hæc tantum creditori (4.) illa competit contra creditorem & debitorem, hæc contra quemvis possessorem (5.) illa rem in pignus promissam exigit, ac à nexu pignoris liberatam repetit, præstationesque personales persequitur, hæc rem adhuc oppignoratam vindicat. Aliquando tamen actio hypothecaria, etiam pigneratitia dicitur *v. l. 3. §. 3. ad exhib. l. 9. pr. in fin. quib. mod. pign. solv. l. 41. de pign. action. l. 22. de pign. l. 13. pr. de condict. indeb.*

§. 15. Pro diversitate rerum oppignorandarum, contractui pigneratitio, duplicis generis pacta adjici solent, vel ut Creditor pignore utatur, vel ut pignus ei cedat, hinc innotuit Pactum *antichreticum* & *commissorium*. Illud est *conventio, qua, in compensationem usurarum, creditori jus, ex re oppignorata, fructus percipiendi conceditur.* Circa quod leges positivæ id observari præcipiunt, ne legitimus usurarum modus facile excedatur, hinc, si tacite pactum ineatur, modus ille observandus *l. 8. in quib. caus. pign. tac.* idem obtinet in conventione expressa, si fructus sint certi, si vero incerti, modus usurarum exacte non observatur *l. 17. C. de usur.* BERLICH *Dec. 170.* CARPZ. *p. 2. C. 30. D. 40. 41.* BERGER *in resolut. ad* LAUTERB. *C. J. de pign. action.*

§. 16. Pactum commissorium est *conventio, qua creditori dominium pignoris, pro pecunia debita, si hæc, statuto tempore, non solvatur, conceditur.* Quod cum regulis humanitatis adversetur, nec satis li-

Zzz berum

berum sit, ideo merito illud improbavit lex positiva *l. fin. C. de pact. pign.* De cætero hoc pactum distingvi debet à venditione pignoris, justo pretio, ex postfacto suscepta *l. 34. de pign. action.* nec non à venditione conditionali seu eventuali, justo itidem pretio facta *l. fin. de C. E. V. l. 16. §. f. de pignor.* denique à pacto, de re oppignorata, creditori æquo pretio vendenda *l. 1. C. de pact. pign.* nam, omnia hæc negotia valida esse, manifestum est *add.* LAUTERB. *C. J. de pign. action.*

CAPUT XVIII.
DE CONTRACTIBUS EX UNA PARTE IMPLETIS.

SUMMARIA.

Usus condictionis causa data, causa non secuta §. 1.
Ejus indoles & requisita §. 2.
Datur ob causam non secutam §. 3.
In contractibus nominatis quando repetitio locum habeat §. 4.
In innominatis res repetitur ob pœnitentiam dantis §. 5.
Et cessationem accipientis §. 6. 7. 8.
Quod hodie non indistincte obtinet §. 9.
Deficiente modo specialiter adjecto, res jure civili & hodierno repeti potest §. 10.
Condictionis hujus subjectum §. 11.
Et objectum §. 12.
Oritur illa ex quasi, vel innominato contractu, juxta quorundam sententiam §. 13.
Sed est ipsa actio, quæ ex negotio gesto descendit §. 14.
Concurrit aliquando cum ea, rei vindicatio §. 15.

§. 1.



ADductis, pro instituti ratione, variis contractuum speciebus, superest, ut ea, quæ diversis conventionibus communia sunt, etiam persequamur. Pertinet eo disquisitio de *contractibus aliisque negotiis* (nam hæc conjungere liceat) *ex una parte impletis.* Ex his, sine dubio, ille, qui suum præstitit, alterum quoque, ad implendam fidem, adigere potest, quod, in præcedentibus, hinc inde, satis ostensum est. Præterea verò, de re data, repetenda aliquando quæritur, quo nomine, in jure Romano, prodita est *Condictio causa data, causa non secuta,* de quo nunc in genere dispiciendum.

§. 2. Condictio causa data, causa non secuta, sive ob causam datorum

torum eſt *actio perſonalis, qua id, quod ob cauſam futuram licitam, datum eſt, cauſa illa non ſecuta, repetitur*, quæ actio civilis dicitur, & perpetua eſt *arg. l. 3. C. de præſcript. 30. vel 40. annor.* Quo autem locum habeat, requiritur (1.) ut aliquid datum ſit *l. 1. 3. 16. ff. de condict. c. d. c. n. ſ.* etiam civiliter *l. 4. 10. eod. l. 4. C. de condict. ob cauſ. dator. l. 24. in fin. de A. A. H. l. 115. de R. J.* facta autem exhibita repeti non poſſunt, hinc ad hæc condictio non pertinet *v.* VINN. *S. Q. l. 1. c. 46.* (2.) ob cauſam futuram *l. 52. 65. §. 4. de condict. indeb. l. 17. §. 4. de condit. & demonſtr.* quæ vel expreſſe addita eſt *l. 7. C. de condict. ob cauſ. dat. l. 3. §. 7. in fin. ff. eod. l. 25. C. de transact.* vel ex natura negotii intelligitur *l. 6. pr. ff. l. 1. C. de condict. ob cauſ. dat. l. 3. 21. de jur. dot.* (3.) licitam *l. 1. pr. de condict. c. d. c. n. ſ. l. 1. §. 1. de condict. ob turp. cauſ.* & (4.) non impletam *l. 1. pr. l. 3. §. 2. ff. l. 6. 8. C. de condict. ob c. d. l. 52. de condict. indeb.*

§. 3. Cauſa autem non impletur vel ob *ceſſationem accipientis*, vel ob *pœnitentiam dantis.* Ita vulgo condictionis uſum repræſentare ſolent *v.* LAUTERB. *C. J. de condict. c. d. c. n. ſ.* ſed illa docendi ratio inadæquata eſt, pertinetque tantum ad contractus Romanorum innominatos, cum tamen, etiam intuitu aliorum negotiorum, de uſu condictionis noſtræ, quæri poſſit; Quare ut magis adæquate hæc res proponatur, forte non incongrue diſtingvitur, utrum cauſa futura, conſideretur ut *ordinaria contractus præſtatio*, an ut *modus vel conditio, ſpecialiter adjecta.*

§. 4. Quoad prius, rurſus ſunt diſtingvendi contractus *nominati* & *innominati.* Circa illos in genere, ob pœnitentiam dantis, ceſſat condictio, quoad ceſſationem verò accipientis, iterum intereſt, an ſint dominii translativi, nec ne. In illis, v. gr. emtione, condictio ceſſat, licet accipiens promiſſum non præſtet *l. 8. C. de C. E. V. l. 14. C. de reſcind. vendit.* niſi vel ſpecialiter hoc conventum, vel ſub conditione res data ſit, vel fraus emtoris intervenerit *v. c. 3. §. 39. ſeqq.* aut in ſubſidium, ob inopiam debitoris, res repetenda ſit, modo aliorum creditorum jus non obſtet. In his vero, v. gr. locatione, repetitio locum habet, ſi accipiens promiſſum implere vel nolit, vel non poſſit *l. 15. §. 6. locat. v. c. 6. §. 23.*

§. 5. Circa contractus innominatos largior, de jure civili, condictionis noſtræ eſt uſus: Habet enim locum ob *pœnitentiam dantis l. 3.*

creditore, divisione *l. 10 pr. de fidejuss. v. l. 2. c. 6. §. 15.* Porro cessat ob mendacium rei *l. 10. §. 1. de fidejuss.* favorem creditoris *l. 12. in fin. rem pup. salv. fo̅r.* & qualitatem alterius fidejussoris *l. 27. §. f. l. 48. pr. §. 1. de fidejuss.*

§. 15. Fidejussori, integrum soluturo, datur Exceptio *cessionis* sive *cedendarum actionum*, vi cujus exigit à creditore, ut actiones personales & reales, contra debitorem & cæteros fidejussores, competentes, sibi cedat *l. 2. 11. 14. 21. de fidejussor.* CARPZ. *p. 2. C. 17. D. 22.* Non obstat etiam huic exceptioni renunciatio CARPZ. *d. l. D. 17.* cum enim Creditoris nihil plane intersit, actionesque ei imposterum non amplius prosint, hinc renunciatio haud seria fuisse censetur *v. l. 2. §. 5. in fin. de aqu. pluv. arc.* Est quidem illa exceptio saltem dilatoria, potest tamen in ipso executionis termino opponi, cum antea nondum sit nata *l. 41. §. 1. de fidejussor.* juxta jus strictum, ante solutionem, cessio peti debet *l. 76. de solut.* sed juxta rationem, æquitatem & praxin, etiam post illam recte exigitur, imo, ipsa solutione, actio est emta, & nihil, nisi instrumentorum editio, restat *l. 36. de fidejuss.* CARPZ. *p. 2. C. 17. D. 16. v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 1168. v. supra c. 4. §. 3. 12.*

§. 16. Sicut autem obligatio fidejussoris, ab ejus voluntate, dependet, ita, juxta hujus mensuram, illa est judicanda. Hinc si ad certam summam se obligaverit, ultra illam nihil, nec adeo usuras, debet *l. 68. §. 1. l. 8. §. 7. de fidejussor.* CARPZ. *p. 2. C. 19. D. 2.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 1166.* Si autem simpliciter pro aliquo fidejusserit, tum omne id, quod ex natura negotii principalis profluit, tenetur præstare *l. 56. §. 2. de fidejussor. l. 32. §. 2. de usur.* CARPZ. *p. 2. C. 19. D. 8.* si denique, in omnem causam, se obligaverit, tum ea etiam præstat, quæ ex novis factis dependent *l. 54. pr. locat. l. 5. C. de pact. inter emtor.*

§. 17. Hæredes quoque fidejussoris obligantur *l. 4. §. 1. ff. l. 24. C. de fidejussor. l. 12. 49. de O. & A.* licet fidejussor dixerit, se tantum teneri velle *l. 38. pr. de V. O. l. 8. §. 4. de pign. action. l. 7. §. 8. de pact.* modo hæredes expresse non exceperit *v.* CARPZ. *p. 2. C. 20. D. 1. seqq.* Plures tenentur pro portione hæreditaria *l. 1. C. de hæredit. action. l. 1. C. si cert. pet. l. 6. C. fam. ercisc.* hinc si unus, per errorem, solidum solvat, partem à creditore repetere potest *l. 49. §. 1. de fidejussor.*

Cum

Cum igitur nimis molestum sit Creditori, in plures distringi, consultum erit, si à Magistratu divisionem hæreditatis, donec sibi satisfactum sit, inhiberi curet.

§. 18. Ad istas præstationes obtinendas, datur *actio personalis*, creditori & hæredibus, adversus fidejussores & hæredes, quæ, *actio ex stipulatu*, vel *condictio certi* dicitur *pr. I. de V. O. l. 24. de R. C. l. 74. 75. de V. O.* hodie *condictio ex moribus* quoque dici poterit. Fidejussori vero, adversus creditorem, ex contractu, nulla datur actio, ne tamen, ex mora Creditoris, damnum sentiat, prospicere, eoque nomine creditorem provocare potest, quo pertinet *Remedium ex l. si contendat 28. de fidejuss.* quod adeo meri juris Romani censeri non debet.

§. 19. Spectat autem illud remedium, ad confirmandam divisionis exceptionem, hinc etiam per *modum Exceptionis* proponi dicitur. Nimirum cum fidejussoribus competat beneficium divisionis, quando confidejussores solvendo sunt, ideo, si, isto rerum statu, Creditor neque contra debitorem, neque fidejussores agat, poterit unus, cujus interest exceptionem divisionis sibi conservari, petere, quo Creditor ad exceptionem, sibi jam competentem, respondeat, eoque secuto, exceptio illa ita confirmetur, ut, ejus virtute, contra actionem creditoris, fidejussor imposterum semper tutus sit. Hoc facto Creditor provocatus, vel replicando respondet, vel actionem sibi competentem instituit.

§. 20. Aliquando fidejussor ratam partem solvere paratus est, sed Creditor eam, ex voto illius, acceptare non vult, nec tamen etiam tempestive contra debitorem vel fidejussores agit. Hoc casu peti potest, ut creditor oblatam partem acceptare, actionesque, pro ejus quantitate, cedere, provocantem ex obligatione dimittere, ac, confirmata Divisionis exceptione, residuum vel à debitore, vel cæteris fidejussoribus, petere debeat, quo casu Remedium hoc, per *modum actionis* proponi creditur *v.* Dn. D. Barth. *disputat. de negat. contract unilateral. §. 5.* Sed forte discrimine illo non opus est, cum provocans exceptionem solutionis consequi, divisionis vero confirmari, intendat, adeoque desiderium suum, etiam hoc casu, per modum exceptionis, proponere videatur.

§. 21. De eo etiam dubitandum non est, quin fidejussor, confirmandæ Ordinis exceptioni, Creditorem provocare queat, cum enim,

debitore idoneo existente ad solvendum non teneatur, ideo, si, hoc casu, creditor moras nectat, provocari omnino potest, quo ad exceptionem respondeat, eoque secuto, exceptio, in securitatem fidejussoris, confirmetur, subest enim eadem æquitatis ratio, ne scilicet ex mora alterius, alter damnum sentiat, & licet tale remedium provocatorium à veteribus JCtis, traditum non sit, attamen hoc æquitati obesse non debet, maximè cum illi, non aliam ob causam siluerint, quam quod olim fidejussoribus beneficium ordinis non competeret.

§. 22. Quod fidejussor solvit, id à debitore principali repetere potest, actione mandati, si pro sciente & volente *l. 4. pr. de fidejuss. l. 6. §. 2. l. 18. 10. §. 11. mand.* vel negotiorum gestorum, si pro ignorante solverit *d. l. 4. de fidejuss. l. 20. §. 1. mand.* si vero pro invito fidejusserit & solverit, nullam habet actionem, cum donaverit *l. 40. mand. l. 24. C. de N. G.* Potest etiam actionibus, à creditore cessis, contra debitorem uti *l. 2. C. de fidejuss.* quæ etiam eo casu, quo, pro invito, fidejusserat, efficaces sunt, agit enim ex jure creditoris.

§. 23. Potest autem fidejussor ex suo jure, demum agere, postquam solvit, & quidem sine culpa *l. 10. §. 12. ff. l. 10. C. mand.* quo casu omne id, quod fidejussionis nomine ei abest, adeoque etiam expensas & usuras repetit *l. 32. §. 2. de usur. l. 12. §. 9. mand. l. 19. §. 4. de N. G. c. 2. 3. X. de fidejuss.* non tamen usuras maximas, licet pecuniam solutam, sub maximis usuris, ab alio mutuatus sit, hoc enim damnum suæ imprudentiæ imputet *l. 10. §. 12. l. 29. mand.* CARPZ. *p. 2. C. 30. D. 16.* FRANSK 2. *Resol. 10. n. 96. seqq.* Aliquando etiam fidejussor agit, licet nihil solverit *l. 10. §. 13. l. 38. §. 1. ff. l. 10. C. mand. c. f. X. de fidejuss.*

§. 24. A confidejussoribus etiam, ratam partem, actionibus cessis, repetere potest fidejussor solvens *l. 17. 39. ff. l. 11. C. de fidejuss.* quo tamen casu expensas, ante cessionem, factas non consequitur, quia hoc nomine actio Creditori cedenti non competiit CARPZ. *p. 2. C. 17. D. 23.* Ex jure proprio autem, adversus confidejussorem, agere nequit *d. l. 17. 39. ff. l. 11. C. de fidejuss.* CARPZ. *d. l. D. 15.* Sed hoc ex falsa fluit hypothesi, quam *l. 2. c. 6.* in genere refutavi, hinc, si rationem valere patiamur, omnino etiam propria actione experiri ac expensas quoque cum ratione factas, pro rata recuperare poterit fidejussor *add.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 1169.*

§. 25. Fi-

§. 25. Fidejussio extingvitur (1.) sublata obligatione principali *l. 43. de solut.* non vero subjecto ejus saltem mutato *l. fin. de duob. reis,* si minor obligationi eximatur, fidejussor quoque manet obligatus *l. 13. pr. de minor.* quod tamen hodie non obtinere puto *v. §. 10. h.* (2.) elapso tempore *l. 44. §. 1. de O. & A.* & nihil refert, sive simpliciter se obligaverit fidejussor, sive insuper protestatus sit, quod ultra tempus teneri nolit, eadem enim utrobique est ratio, si vero quis ratione summæ, per tempus determinandæ, se obstrinxerit, tum semper tenetur *l. 7. locat.* quia pura est fidejussio *v.* OBSERV. LAUTERB. *Observ.* 1170. (3.) remissione, solutione cæterisque modis usitatis *conf.* LAUTERB. *C. J. de fidejuss.*

CAPUT XVII.
DE CONTRACTU PIGNERATITIO.

SUMMARIA.

§. I.



Ignus varia ratione constitui *l. 3. c. 16. §. 3. 7.* ostensum est. Inprimis, firmandis aliis obligationibus, inter vivos, pignus constituitur, & quidem, pro diversitate rerum oppignorandarum, vel *nuda conventione,* vel *contractu pigneratitio.* Illa est *conventio, qua debitor in re, à se possessa, creditori pignus sive hypothecam constituit l. 17. §. 2. de pact. l. 1. de pigner. action.* De re vel tradenda, vel restituenda, hic nulla est quæstio, hinc etiam hæc conventio, inter contractus, non consideratur, sed ad jus reale, quod inde

oritur, quodque *l.3. c.16.* explicatum est, saltem respicitur. Quodsi tamen ex postfacto, Creditor rem in suam recipiat possessionem, tum eadem obtinent, quæ circa contractum pigneratitium.

§. 2. Contractus pigneratius, hodie est *contractus consensualis, de re, in securitatem creditoris, tradenda & oppignoranda, eademque sublato debito, illæsa reddenda.* Convenit adeo, cum conventione hypothecæ, quod utrobique solo consensu, negotium perficiatur, sed in eo differt, quod, in conventione, nulla sit rem tradendi reddendique intentio, sed, in contractu pigneratitio, de utroque agitur: ibi jus pignoris reale, sola conventione, hic, per traditionem demum, producitur, ibi solum jus reale spectatur, hic vero, præter illud, jus personale, quoad rei restitutionem & traditionem, occurrit, quo respectu, contractus pigneratitius, inter cæteros, etiam locum meretur *add.* OBSERVAT. LAUTERB. *Obs.302.656.*

§. 3. Perficitur contractus pigneratitius *solo consensu*, rei tamen traditio, ad consummationem, est necessaria, secus ac de jure civili, quo, ad perfectionem, requiritur *l.1.§.6. de O.& A. §.fin. I. quib. mod. re contrah. oblig.* de cætero ea est traditionis intentio, ut jus pignoris & possessio naturalis, in accipientem, transferatur *l.35. §.1. de pign. act. l.13.16. de usurp.* Requirit etiam hic contractus *personas idoneas*, quæ valide se obligare possunt *l.38. de pign. action. add. l.11. §.6. seqq. eod.* & *materiam habilem l.9. §.1. de pign. action. l.1. §.2. quæ res pign. dar.* res tamen inhabilis, quamdiu ejus conditio incognita est, pro habili quoque habetur *arg. l.10. §.4. l.19. de A. R. D.*

§. 4. In specie res mobiles & immobiles huc pertinent, de his tamen frequentius nuda conventio saltem initur *§.7. I. de action. l.9. §.2. de pign. action. l.238. §.2. de V.S.* Res quoque usufructuaria potest oppignorari *l.11. §.2. de pign.* ut & nomen *l.4.C. quis res pign.* si scilicet ejus instrumentum Creditori tradatur, nam aliàs erit nuda conventio. Rem etiam alienam admittit hic contractus quoad certos effectus, tam ratione debitoris *l.9. §.4. l.22. §.2. de pign. action.* quam creditoris *l.9.pr. l.16. §.1. l.32. eod. l.6. C. si alien. res pign. dat.*

§.5. Inito contractu, debitor ad rem tradendam tenetur, quæ obligatio, juxta hypothesin juris civilis, est incognita. Re tradita, creditor jus reale pignoris consequitur, ex quo *actio hypothecaria* descendit,

dit, quæ pignore, nuda conventione, vel alio actu, constituto, itidem obtinet, de quo *l. 3. c. 16.* in genere actum. Præterea creditor, ad rem reddendam, ac debitor, indemnitatem præstandam tenetur, quo respectu, *actio pigneratitia* locum habet, quæ in directam *l. 9. §. 3. 4. 5. de pign. action.* & contrariam *l. 1. §. 2. l. 8. pr. l. 9. pr. l. 16. §. 1. eod.* distingvitur, sed cum hæc hodie, ad pignus etiam consequendum, pertineat, rectius utraque, directa dicetur *v. c. 11. §. 11.*

§. 6. Actio pigneratitia directa, est *personalis, competens debitori & hæredibus, adversus creditorem & hæredes, ad rem oppignoratam, soluto pignoris vinculo, recuperandam.* Oritur ex contractu *§. f. I. quib. mod. re contrah. obl. l. 1. §. 6. de O. & A.* sed non antea vim suam exserit, quam sublato pignoris vinculo *l. 9. §. 3. de pign. action.* Si creditor possessionem hypothecæ ex postfacto consequatur, actio pigneratitia itidem locum habet *v. l. 13. de pign. action. l. 7. de distract. pign. l. 34. de damn. inf.*

§. 7. Datur debitori & hæredibus, adversus creditorem & hæredes *l. 49. de O. & A. l. fin. C. si vend. pign. agat.* non etiam contra tertium possessorem *d. l. fin.* quia est personalis, adeoque nec contra fidejussorem *l. 2. 26. de pignor.* aut creditoris creditorem, cui ille pignus pignori dedit *l. 27. de pign. action.* Potest tamen ab his, res vindicari, vel actionibus cessis *c. 6. X. de pign. l. 40. §. f. de pign. action.* aut aliquando ex proprio contractu descendentibus *l. 2. de pign.* repeti.

§. 8. Competit actio, ad res oppignoratas recuperandas *§. f. I. quib. mod. re contr.* licet alienæ fuerint *l. 22. §. 2. de pign. action.* nec potest creditor exceptionem dominii alieni opponere *l. 9. §. 4. de pign. action. l. 12. §. 1. de distr. pign. l. 11. sol. matrim.* bene tamen proprii, si illa evidens sit *l. 31. §. 1. depos.* Competit etiam ad fructus perceptos & percipiendos *l. 1. 2. 3. C. de pign. action.* si scilicet res cum pacto antichretico creditori fuerit concessa *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 407.* poterit tamen creditor, ab hoc onere, se liberare, si rem, sub pacto retractus sibi vendi, vel, pro certa pensione, locari curet *v.* STRYK *in not. ad* LAUTERB. *de pign. act. lit. O.*

§. 9. Præterea debet etiam Creditor in re oppignorata, dolum & culpam præstare *l. 14. 22. §. f. l. 30. de pign. act. l. 5. 7. C. eod. l. 19. C. de pignor. l. 9. §. 5. de reb. autor. jud. poss. l. 5. §. 2. l. 18. pr. in fin. comm.*

non

non tamen leviſſimam *l. 13. §. 1. de pign. action.* ubi pro: *ut* legendum, *at* ex conjectura NODTII *v.* HUBER *poſit ad I. quib mod. re contrah. oblig. n. 50.* niſi aliter conventum ſit *l. 6. C. de pign. action.* aut creditor propria autoritate rem occupaverit *l. 30. ff. eod.* De caſu fortuito non tenetur creditor *l. 5. 6. C. de pign. action. l. 13. §. 1. ff. eod. l. 19. C. de pignor.* niſi conventio *l. 6. C. de pign. act.* vel culpa acceſſerit *l. 30. ff. eod.* quo nomine aliquando repromittendum eſt *l. 15. eod.*

§. 10. Tenetur autem Creditor, ſi poſſit, rem præciſe præſtare *l. 40. §. f. de pign. act. l. 68. de R. V.* quod hodie inprimis verum eſt, modo pignus ſit ſolutum *v. l. 9. §. 3. l. 24. §. f. de pign. action.* aliquando etiam, durante pignore, ratione ejus, quod intereſt, valide agi poteſt *l. fin. eod.* Quodſi commoda quædam, occaſione pignoris, ſit conſecutus, illa etiam præſtare debet *l. 13. pr. l. 22. pr. §. 1. de pign. act. l. 12. §. 1. de diſtract. pign.* Si pignus legitime diſtractum, & pecunia creditori ſoluta ſit, reſiduum cum uſuris, ob moram vel uſum, debitori præſtandum *l. 6. §. 1. l. 7. de pign. action.* quæ præſtationes, pignore adhuc exiſtente, ceſſant *l. 40. §. fin. eod.*

§. 11. Si creditor, ex diſtractione, pecuniam nondum acceperit, nihilominus debitori, ad reſiduum exſolvendum, obligatus videtur *l. fin. C. de diſtr. pign. l. fin. C. ſi vend. pign. agat.* niſi hic moræ nimis ſit impatiens, tum enim actionis ceſſionem admittere tenetur *l. 24. §. 2. de pign. act. conf. l. 9. de diſtr. pign.* Quodſi vero Creditor, in diſtrahendo pignore, bona fide verſatus non ſit, tum ad omne intereſſe tenetur *l. 7. C. de diſtr. pign. l. 1. 4. C. ſi vend. pign. ag.* quod aliquando etiam cum ipſa re exigitur *l. 9. §. fin. de pign. action.* De cætero actio pigneratitia directa, nullo tempore præſcribitur, cum enim debitori ſuperſit dominium, præſcriptio juris perſonalis eſt inefficax *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obſ. 408.*

§. 12. Actio pigneratitia contraria, eſt *perſonalis, competens Creditori & hæredibus, adverſus debitorem & hæredes, ad rem pignori dandam, ac indemnitatem, ejus nomine, præſtandam.* Oritur adeo, ſine dubio, etiam ex contractu pigneratitio, præſtationes tamen fieri debent, prout indoles negotii ſucceſſivi id exigit. Quodſi hypothecæ poſſeſſio, ex poſtfacto, ad creditorem pervenerit, ratione indemnitatis, ei quoque hæc actio competit.

§. 13. Da-

§. 13. Datur hæc actio (1.) ad *rem pignori dandam*, quæ præstatio jure civili incognita est, hodie vero omnino afferi debet *v. §. 5.* interim non facile actio hoc nomine instituetur (2.) ad *indemnitatem consequendam*, ob rei qualitatem *l. 1. §. 2. l. 9. pr. l. 16. §. 1. l. 32. l. 36. pr. §. 1. de pign. action.* damnum, ex re oppignorata, acceptum *l. 31. eod. l. 61. §. 1. 3. de furt.* ob impensas in eam factas *l. 8. pr. §. 1. l. 22. §. f. l. 25. ff. l. 7. C. de pign. action.* Præscribitur hæc actio 30. annis, nulla enim ratio adest, ob quam à regula *l. 3. C. de præscript. 30. vel 40. ann.* discedendum sit.

§. 14. Ex his liquet, *actionem pigneratitiam* & *hypothecariam* penitus differre, illa (1.) oritur ex contractu & jure personali, hæc ex jure pignoris reali, per contractum, vel alium modum, constituto (2.) illa versatur circa pignus promissum & solutum, hæc constitutum præsupponit (3.) illa datur debitori & creditori, hæc tantum creditori (4.) illa competit contra creditorem & debitorem, hæc contra quemvis possessorem (5.) illa rem in pignus promissam exigit, ac à nexu pignoris liberatam repetit, præstationesque personales persequitur, hæc rem adhuc oppignoratam vindicat. Aliquando tamen actio hypothecaria, etiam pigneratitia dicitur *v. l. 3. §. 3. ad exhib. l. 9. pr. in fin. quib. mod. pign. solv. l. 41. de pign. action. l. 22. de pign. l. 13. pr. de condict. indeb.*

§. 15. Pro diversitate rerum oppignorandarum, contractui pigneratitio, duplicis generis pacta adjici solent, vel ut Creditor pignore utatur, vel ut pignus ei cedat, hinc innotuit Pactum *antichreticum* & *commissorium.* Illud est *conventio, qua, in compensationem usurarum, creditori jus, ex re oppignorata, fructus percipiendi conceditur.* Circa quod leges positivæ id observari præcipiunt, ne legitimus usurarum modus facile excedatur, hinc, si tacite pactum ineatur, modus ille observandus *l. 8. in quib. caus. pign. tac.* idem obtinet in conventione expressa, si fructus sint certi, si vero incerti, modus usurarum exacte non observatur *l. 17. C. de usur.* BERLICH *Dec. 170.* CARPZ. *p. 2. C. 30. D. 40. 41.* BERGER *in resolut. ad* LAUTERB. *C. J. de pign. action.*

§. 16. Pactum commissorium est *conventio, qua creditori dominium pignoris, pro pecunia debita, si hæc, statuto tempore, non solvatur, conceditur.* Quod cum regulis humanitatis adversetur, nec satis li-

berum sit, ideo merito illud improbavit lex positiva *l. fin. C. de pact. pign.* De cætero hoc pactum distingvi debet à venditione pignoris, justo pretio, ex postfacto suscepta *l. 34. de pign. action.* nec non à venditione conditionali seu eventuali, justo itidem pretio facta *l. fin. de C. E. V. l. 16. §. f. de pignor.* denique à pacto, de re oppignorata, creditori æquo pretio vendenda *l. 1. C. de pact. pign.* nam, omnia hæc negotia valida esse, manifestum est *add.* LAUTERB. *C. J. de pign. action.*

CAPUT XVIII.
DE CONTRACTIBUS EX UNA PARTE IMPLETIS.

SUMMARIA.

Usus condictionis causa data, causa non secuta §. 1.
Ejus indoles & requisita §. 2.
Datur ob causam non secutam §. 3.
In contractibus nominatis quando repetitio locum habeat §. 4.
In innominatis res repetitur ob pœnitentiam dantis §. 5.
Et cessationem accipientis §. 6. 7. 8.
Quod hodie non indistincte obtinet §. 9.
Deficiente modo specialiter adjecto, res jure civili & hodierno repeti potest §. 10.
Condictionis hujus subjectum §. 11.
Et objectum §. 12.
Oritur illa ex quasi, vel innominato contractu, juxta quorundam sententiam §. 13.
Sed est ipsa actio, quæ ex negotio gesto descendit §. 14.
Concurrit aliquando cum ea, rei vindicatio §. 15.

§. 1.


ADductis, pro instituti ratione, variis contractuum speciebus, superest, ut ea, quæ diversis conventionibus communia sunt, etiam persequamur. Pertinet eo disquisitio de *contractibus aliisque negotiis* (nam hæc conjungere liceat) *ex una parte impletis.* Ex his, sine dubio, ille, qui suum præstitit, alterum quoque, ad implendam fidem, adigere potest, quod, in præcedentibus, hinc inde, satis ostensum est. Præterea verò, de re data, repetenda aliquando quæritur, quo nomine, in jure Romano, prodita est *Condictio causa data, causa non secuta,* de quo nunc in genere dispiciendum.

§. 2. Condictio causa data, causa non secuta, sive ob causam datorum

torum est *actio personalis, qua id, quod ob causam futuram licitam, datum est, causa illa non secuta, repetitur*, quæ actio civilis dicitur, & perpetua est *arg. l. 3. C. de præscript. 30. vel 40. annor.* Quo autem locum habeat, requiritur (1.) ut aliquid datum sit *l. 1. 3. 16. ff. de condict. c. d. c. n. f.* etiam civiliter *l. 4. 10. eod. l. 4. C. de condict. ob caus. dator. l. 24. in fin. de A. A. H. l. 115. de R. J.* facta autem exhibita repeti non possunt, hinc ad hæc condictio non pertinet *v.* VINN. *S. Q. l. 1. c. 46.* (2.) ob causam futuram *l. 52. 65. §. 4. de condict. indeb. l. 17. §. 4. de condit. & demonstr.* quæ vel expresse addita est *l. 7. C. de condict. ob caus. dat. l. 3. §. 7. in fin. ff. eod. l. 25. C. de transact.* vel ex natura negotii intelligitur *l. 6. pr. ff. l. 1. C. de condict. ob caus. dat. l. 3. 21. de jur. dot.* (3.) licitam *l. 1. pr. de condict. c. d. c. n. f. l. 1. §. 1. de condict. ob turp. caus.* & (4.) non impletam *l. 1. pr. l. 3. §. 2. ff. l. 6. 8. C. de condict. ob c. d. l. 52. de condict. indeb.*

§. 3. Causa autem non impletur vel ob *cessationem accipientis*, vel ob *pœnitentiam dantis.* Ita vulgo condictionis usum repræsentare solent *v.* LAUTERB. *C. J. de condict. c. d. c. n. f.* sed illa docendi ratio inadæquata est, pertinetque tantum ad contractus Romanorum innominatos, cum tamen, etiam intuitu aliorum negotiorum, de usu condictionis nostræ, quæri possit; Quare ut magis adæquate hæc res proponatur, forte non incongrue distingvitur, utrum causa futura, consideretur ut *ordinaria contractus præstatio*, an ut *modus vel conditio, specialiter adjecta.*

§. 4. Quoad prius, rursus sunt distingvendi contractus *nominati* & *innominati.* Circa illos in genere, ob pœnitentiam dantis, cessat condictio, quoad cessationem verò accipientis, iterum interest, an sint dominii translativi, nec ne. In illis, v. gr. emtione, condictio cessat, licet accipiens promissum non præstet *l. 8. C. de C. E. V. l. 14. C. de rescind. vendit.* nisi vel specialiter hoc conventum, vel sub conditione res data sit, vel fraus emtoris intervenerit *v. c. 3. §. 39. seqq.* aut in subsidium, ob inopiam debitoris, res repetenda sit, modo aliorum creditorum jus non obstet. In his vero, v. gr. locatione, repetitio locum habet, si accipiens promissum implere vel nolit, vel non possit *l. 15. §. 6. locat. v. c. 6. §. 23.*

§. 5. Circa contractus innominatos largior, de jure civili, condictionis nostræ est usus: Habet enim locum ob *pœnitentiam dantis l. 3.*

§. 2. 3. l. 5. pr. §. seqq. de condict. c. d. c. n. s. l. 5. §. 1. de P. V. licet accipiens promissum implere paratus sit *d. ll.* Cessat tamen pœnitentia, si, litis tollendæ causa, aliquid datum sit *l. 39. C. de transact.* vel res promissa, sine culpa accipientis, perierit *l. 5. §. 1. in fin. de P. V. l. 10. C. de condict. ob caus. dator. v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 644.* aut negotium pro contractu innominato haberi non possit *l. 8. de condict. c. d. c. n. s.*

§. 6. Porro datur etiam condictio ob *cessationem accipientis*, circa hoc tamen varie distingvendum est. Si (1.) promissum implere nolit, locum habet condictio *l. 3. §. 2. de condict. c. d. c. n. s.* si vero (2.) non possit, ob legis, actum alias licitum annullantis, prohibitionem, tum itidem obtinet *l. 1. C. eod.* si (3.) ob impossibilitatem, quæ ab initio adfuit, etiam repetitio fieri potest *l. 3. §. 5. ff. eod.* nisi dans eam sciverit, tum enim rem censetur donasse *l. 8. C. eod.* quæ duplex decisio proxime relata, etiam ad contractus nominatos pertinet, nam negotium, duobus istis casibus, est nullum, adeoque repetitio merito obtinet, nisi donatio accesserit.

§. 7. Ulterius si (4.) ex postfacto causa fiat impossibilis, & quidem voluntate dantis, repetitio cessat *v. l. 2. ff. de condict. c. d. c. n. s. l. 15. C. de donat. ant. nupt.* nam si ille censetur donare, qui impossibilitatem scit, multo magis donatio asserenda videtur in eo, qui eam procurat. Si vero (5.) voluntate & culpa accipientis, repetitio locum habet *l. 3. §. 3. l. 5. §. fin. de condict. c. d. c. n. s. l. 10. 11. C. eod.* si denique (6.) casu fortuito impossibilitas superveniat, & causa consistat in dando, repetitio cessat *l. 5. §. 1. de P. V. l. p. C. de condict. ob caus. dat.* nam res promissa, jacet periculo dantis *v. §. 5. h.* quodsi autem, spe futuræ conventionis, per anticipationem, res data sit, ac res sperata casu perierit, illa repeti potest *l. fin. de condict. c. d. c. n. s.* res enim periit suo domino *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 349.*

§. 8. Quodsi (7.) causa consistat in faciendo, tum interest, utrum factum respiciat certum objectum v. gr. servum manumittere, an indefinitum sit, v. gr. Capuam ire: Illo casu, objecto, sine promissoris culpa, sublato, repetitio cessat *l. 3. §. 3. 4. l. 5. §. 2. de condict. c. d. c. n. s. l. pen. C. eod.* nam hic etiam res periculo dantis & creditoris jacuit, perinde ut in casu præcedente, *de quo n. 6.* Hoc vero, repetitio locum

locum habet, si promissor, casu impeditus, factum præstare nequeat *l.5. pr. cod.* nam eadem hic est ratio, quæ in locatione & conductione, de qua *§.4. in fin.* dictum *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs.350.*

§. 9. In hunc fere modum, de contractibus innominatis, jure Romano, pronunciandum est. Verum cum illi hodie etiam consensuales sint, ut alibi ostensum, igitur, quoad repetitionem rei datæ, idem jus erit, quod in contractibus nominatis consensualibus. Quare, ob pœnitentiam, repetitio cessat, nec obtinent dicta *§.5.* quatenus facultatem pœnitendi asserunt. Porro cessat regulariter repetitio, in casu *§.6. n.1.* ut & *§.7. n.5.* Cætera manent, cum in contractibus nominatis, illa etiam locum inveniant *v. c.1. §.12. seqq. c.14. §. 10. 11. 13. 15.*

§. 10. Quodsi causa, ut modus, vel conditio, specialiter adjecta, spectetur *v. §.3.* E. gr. si, certæ rei contemplatione, fundus exiguo pretio alteri vendatur *l. 6. C. de pact. inter emtor. & vendit.* aut dos, spe futuri matrimonii, numeretur *l.6. pr. ff. l.1. C. de condict. c. d. c. n. s.* vel pecunia falso procuratori, ut ratihabitionem domini impetret, solvatur *l. 14. ff. cod.* aut sub modo aliquid donetur *l. 1. C. de donat. quæ sub mod.* vel legetur *l.17. §. 4. de condit. & demonstr. l. 19. de Legat. 3.* Hisce casibus ne quidem de jure civili, ob pœnitentiam res repeti poterit, bene tamen ob cessationem accipientis *l. 8. C. de condict. ob caus. dat.* nisi modus pro impleto habeatur *l. 1. C. de donat. quæ sub mod.* quæ hodie quoque obtinere videntur *add.* OBSERV. LAUTERB. *Obs.557.*

§. 11. Datur autem condictio causa data, causa non secuta, in casibus habilibus danti & hæredibus *l. 2. 3. C. de condict. ob caus. dat.* Hi tamen ex propria pœnitentia rem repetere nequeunt *l.3. de serv. export. l. 32. §. 2. de donat. inter V. & U. l. 4. locat.* quæ quæstio hodie supervacua est *v. §.9. h.* Competit contra illos, qui rem acceperunt, & hæredes *l. 8. C. de condict. ob caus. dator.* sed non contra successores singulares *l. 4. C. de rer. permut.* hinc nec in concursu Creditorum repetitioni locus est.

§. 12. Persequitur hæc actio omnis generis res, mobiles & immobiles *l. 1. §. 1. l. 7. §. 1. de condict. c. d. c. n. s.* naturaliter vel civiliter datas *l. 4. 10. ff. l. 4. C. cod.* ut & fructus *l. 7. §. 1. l. 12. cod.* etiam ante litem contestatam perceptos *l. 38. §. 1. 7. de usur. l. 31. pr. de R. C.* quod ho-

hodie inprimis verum erit, exceptis tamen fructibus, bona fide consummatis: sed non usuras *l. 24. de P.V. l.3. C. de usur. l.1. C. de condict. indeb. l. 4. C. de condict. ob. turp. caus.* Cæterum uti hoc ultimum ex eo deducitur, quod condictio hæc, sit actio stricti juris, quod tamen non satis liquidum, ita hodie, usuras ob moram quoque esse solvendas, plane arbitror *v. R. I. 1600. §. so viel nun 139. R. I. 1654. §. anreichend 174. v.* STRYK *in not. ad* LAUTERB. *de condict. ob turp. caus.* OBSERV. LAUTERB. *Obs.312.357.*

§. 13. Ex his intelligi poterit, ex quo fundamento, condictio causa data, causa non secuta, oriatur. Vulgo eam, ex quasi contractu, qui contractus innominatos comitetur, ac ex æquitate præsumendus sit *l.3. §.7. de condict. c.d.c.n.s. l.65. §. 4. de condict. indeb. l. 13. §. f. commod.* repetunt *v.* STRUV. *S. J. C. exerc. 18. §. 4.* LAUTERB. *C. J. de condict. caus. dat. lit. C.* Sed uti doctrina illa particularis est, ita alii, ne quidem intuitu contractum innominatorum, quasi contractum admittunt, sed ex ipso potius contractu innominato, condictionem deducunt HUBER *in posit. ad ff. de condict. caus. dat. n. 4.*

§. 14. Ego, ut alibi, ita nec hic, figmento quasi contractus opus esse arbitror, cum ex ipso negotio, intuitu cujus, de repetitione quæritur, condictio nostra descendat. Imo, si rem recte expendamus, illa nihil aliud est, quam ipsa actio, quæ ex contractu similive negotio oritur, v. gr. venditi *l. 6. C. de pact. inter emtor.* conducti *l. 15. §. 6. locat.* præscriptis verbis *l. 4. C. de rer. permut.* nam hæc vera illius textus videtur esse sententia *conf.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 645.* Interim cum specialem præstationem illa persequatur, ex scrupulositate fore Romani, peculiare accepit nomen, quod in aliis quoque exemplis contigit, ex quo admiratores juris Romani, novas actiones exsculpunt *add.* OBSERV. LAUTERB. *Obs.343. seqq.*

§. 15. Aliquando res data, non tantum actione personali repeti, sed & à quovis possessore vindicari potest. Contingit hoc (1.) si dominium pacto habili fuerit reservatum (2.) si dominium sub conditione sit translatum, adeoque, deficiente conditione, actus sit imperfectus *v. c. 3. §. 39. 40.* cujus rei exemplum, est etiam in mortis causa donatione *l. 29. 30. 37. §. 1. l. 39. de mort. caus. donat.* (3.) si sub modo quidem res tradita, singularis tamen favor dantis causam

tuea-

tueatur *l. 1. C. de donat. quæ sub mod. l. 15. C. de donat. ante nupt.* nam in hujusmodi actibus interpretandis & formandis, magnas partes habet lex positiva *add.* LAUTERB. *C. J. de condict. caus. dat.*

CAPUT XIX.

DE IMPUTATIONE CONTRACTUUM ALIENORUM.

SUMMARIA.

Sex præcipue casibus, contractus aliorum, aliis imputantur §. 1.
Imputationis causa est consensus vel utilitas collata §. 2.
Institoris definitio & divisio §. 3.
Constitutio §. 4.
Quinam institorem constituant §. 5.
Aut hoc munus recipiant §. 6.
Ex negotio juxta certa requisita, gesto §. 7. 8.
Institor agere & conveniri potest §. 9.
Non tamen finito officio §. 10.
Præponens etiam ex contractu institoris convenitur §. 11.
Et agit §. 12.
Negotiationi maritimæ præponitur magister navis §. 13.
Quoad rationem constituendi & personas convenit hæc negotiatio cum terrestri §. 14.
Contractus juxta voluntatem exercitoris sunt ineundi §. 15.
Ex quibus tam magister navis, quam exercitor conveniri & agere possunt §. 16.
In contractum alterius alius quandoque specialiter consentit §. 17. 18. 19.
Hinc consentiens in solidum obligatur §. 20.
Ob concessionem peculii pater & dominus peculiotenus tenentur, salvo tamen deductionis beneficio §. 21.
Sed accedente negotiationis scientia, deductio cessat §. 22.
Solum tamen quoad merces, in quibus negotiatio exercita §. 23.
Hodie casus peculii concessi fere non amplius occurrit §. 24.
Ob versionem in utilitatem, alius, ex contractu alterius, quoque tenetur §. 25.
Licet casus collatam utilitatem intercepetit §. 26.
Actio ex ipso contractu descendens, eo nomine instituitur §. 27.
Quæ differt ab actione negotiorum gestorum §. 28.
Aliquando plura imputandi fundamenta concurrunt ac electioni creditoris locum faciunt §. 29.
Nonnunquam diversa fundamenta cumulantur §. 30.
Quomodo filiifam. ex contractibus suis obligentur §. 31.
Datur ipsis aliquando beneficium competentiæ §. 32.
In sex casus hactenus expositos peculiaria actionum nomina, jure Romano sunt constituta §. 33.
Quæ rectius exploduntur quam retinentur §. 34.

§. I.



SÆpe, in vita civili, contractus aliis, qui immediatè non contraxerunt, imputantur, quo nomine, sex casus satis celebres, in jure Romano, memorantur (1.) si quis aliquem negotiationi terrestri (2.) maritimæ præposuerit, (3.) in contractum alterius specialiter consenserit (4.) Pater aut dominus filio vel servo pecu-

peculium simpliciter concesserit, (5.) in eo illos negotiari permiserit, ac denique (6.) si in alterius utilitatem contractus sit celebratus.

§. 2. Summatim autem duæ sunt imputationis causæ, *consensus* & *collata utilitas*; Ille in prioribus quinque casibus occurrrit, ac, in diversas formas, se iterum componit, dum vel specialis, vel generalis est, & vel præpositione vel peculii concessione, eaque vel simplici, vel, cum negotiationis scientia, conjuncta, se exserit: Hæc vero, in casu ultimo adest. De cætero tota hæc disquisitio, ex fundamentis naturalibus, resultat, nec adeo difficilis est, quæ verò Romani adjecerunt, ea fere in inutiles tricas resolvuntur, ac materiam hanc magis involvunt, quam explanant. *add.* OBSERV. LAUTERB. *Obs.* 423.

§. 3. Fit igitur (I.) *ut quis alium negotiationi terrestri præponat*, circa quem casum, summatim tria spectari possunt (1.) *præpositio* (2.) *præpositi contractus* (3.) *contractuum, à præposito initorum, effectus*. Is qui præponitur, *Institor* audit *v. l. 3. de instit. action.* & est *persona moralis, à domino, negotiationi quæstuariæ administrandæ, universaliter præposita l. 5. de instit. action.* Habet tamen illa præpositio suos gradus, hinc institor *generalis*, omnium negotiationum, & *specialis*, certæ alicujus, esse potest.

§. 4. Constituitur Institor mutuo consensu, qui quidem, quoad Patrem & filiumfam. dominum & servum, generale nomen retinet *l. 1. de instit. action. §. 4. I. de inutil. stipul. §. 2. I. quod cum eo qui.* sed hic casus hodie vel plane non occurrit, vel rarissimus est: Quoad personam vero liberam, in peculiarem contractum abit, nempe mandatum vel locationem *l. 1. §. 18. de exerc. action. l. 1. de instit. action.* aliquando etiam tacito consensu præpositio fit *l. 1. §. 5. de exerc. action. l. 7. §. 11. de SCto Maced.* Quod si quis, sine consensu, alterius negotiationem administret, hactenus quidem pro institore haberi potest, ut domino rationem reddere teneatur, aut ab eo indemnitatem petere possit *l. 1. de instit. action.* non verò ut contractus, cum aliis celebrati, domino imputentur *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs.* 422. Affirmans ergo, aliquem esse institorem, præpositionem probare debet, est enim facti *v. l. 5. pr. l. 11. §. 2. l. 18. de instit. action.*

§. 5. Præponunt institores, qui negotiationes quæstuarias exercent *l. 5. cod. l. 13. de instrum. leg.* etiam fœminæ *l. 7. §. 1. ff. l. 4. C. de instit.*

instit. action. pupilli, minores *l. 9. seqq.* tutores, curatores, procuratores *l. 5. §. fin. eod.* institores, modo præponens hoc non prohibuerit *l. 5. §. 17. eod. l. 1. §. 5. de exerc. action. l. 8. §. 3. mand.* Si quis autem negotiationem quæstuariam exercere prohibeatur eum nec institorem constituere posse, manifestum est, *v. l. 2. §. 1. de admin. rer. ad civit. pertin.*

§. 6. Præponuntur illi, qui usu rationis gaudent, etiamsi judicio satis firmo non utantur *l. 7. 8. de instit. action. l. 7. §. 11. de SCto Maced.* imputet enim sibi præponens, si, ex eorum administratione, damnum sentiat. Fit præpositio intuitu negotiationum quæstuariarum, quales inter mercatores occurrunt *l. 3. 4. 16. 18. de instit. action.* Pecuniis tamen fœnerandis, jure civili institor non fuit præpositus, ut quidam censent ex *l. 19. pr. de instit. action. §. 5. in fin. I. quod cum eo qui.* sed uti ista observatio saltem ad nomen præpositi, non effectum juris, spectat *v. l. 5. §. 2. eod.* ita hodie nomen quoque adhiberi potest. Ad negotia œconomica itidem non pertinet institor *l. 5. §. 10. eod. l. 13. §. 25. de A. E. V.* sed & hoc saltem ad nomen spectat, nam, dominum, etiam ex gestis procuratoris, teneri, quatenus consensit, manifestum est *v. l. 16. de instit. action.*

§. 7. Postea considerandi contractus ab institore celebrati *v. §. 3.* Hic uti varia gerere potest, ita, in genere, circa ea, requirendum est, ut juxta legem præpositionis sint suscepta. Requiritur igitur (1.) contractus *l. 1. de instit. act.* delicta institoris, hactenus ad dominum non pertinent, quamvis ob ea, ex alia causa, nonnunquam conveniri queat (2.) cum institore *l. 5. §. 17. l. 11. pr. l. 17. §. 2. 3. eod.* (3.) de rebus, quibus est præpositus, secundum legem præpositionis, initus *l. 5. §. 11. l. 11. §. 5. ff. l. 3. C. eod.* & nihil refert, sive domini, sive suo nomine, verbis in suam personam conceptis, institor contrahat *l. 1. ff. eod.*

§. 8. Non tantum autem ea, de quibus expresse dictum, sed & illa, quæ ad executionem eorum, necessaria & utilia sunt, commissa censentur. Hinc si v. gr. institor, ad tabernam reficiendam, pecuniam intra probabilem modum, mutuatus sit, & taberna refectione indigeat, in eamque causam pecunia sit data, dominus inde obligatur, licet institor pecuniam malè consumserit *l. 1. §. 8. 9. l. fin. de exerc. action.* dominus enim hic non ex versione, sed consensu tenetur, ac imputet sibi,

quod opera hominis improbi utatur *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs.* 411. Quodsi conditio vel lex præpositionis captiose concepta sit, tum illa negligitur *l. 11. §. 5. de instit. action.*

§. 9. His positis, tertio quæritur de effectu contractuum ab institore celebratorum *v. §. 3.* potest autem effectus ille considerari, vel ratione *institoris*, vel *præponentis*. Institor, si sit persona libera, nec in potestate præponendis, qualis hodie plerumque esse solet, *durante officio*, ex contractibus suis, contra debitores agere, & debitum exigere potest *l. 1. de instit. action. l. 1. §. 18. de exerc. action.* Non minus etiam à creditoribus potest conveniri *l. 7. §. 1. de instit. action. l. 7. §. 11. ad SCt. Maced.* CARPZ. *p. 2. C. 20. D. 14. n. 2.* non ut de suo, sed ut ex rebus, quibus præest, solvat *v. l. 43. §. 1. de admin. tutor. l. 1. C. quand. ex fact. tutor. l. 5. 7. ff. eod. l. 1. §. f. quod juss. l. 4. de re jud.* hinc executio in bona institoris fieri, vel ipse arrestari nequit *v.* CARPZ. *p. 1. C. 32. D. 14. C. 30. D. 11.*

§. 10. Sed, *officio finito*, neque ipse amplius agere, neque conveniri potest *l. fin. de instit. action.* nisi proprio nomine contraxerit, quod inprimis ex objecto, cujus intuitu contractus celebratus est, judicandum videtur *v.* CARPZ. *p. 1. Dec. 10. l. 4. Rsp. 80.* aut in specie fidem suam adstrinxerit *l. 67. de procur. l. 3. §. 2. de admin. rer. ad civit. pertin. l. 5. quand. ex fact. tut. l. 15. C. de admin. tutor.* vel fines præpositionis excesserit *l. 43. §. 1. de admin. tutor.* nam omnibus hisce casibus non ut institor, sed ut suo nomine contrahens, consideratur. Quodsi institor, sive durante, sive finito officio, de suo solverit, non à Creditore id repetere potest, sed dominum reposcere debet *l. 6. 44. de condict. indebit.*

§. 11. Ulterius ex contractu institoris, ipse præponens etiam conveniri potest ob consensum, nam hoc æquitas exigit, quam contra summi juris injustitiam *v. §. 10. I. de action. l. 3. C. ne uxor. pro mar. in fin.* apud Romanos asseruit Prætor *l. 1. 5. §. 12. l. 14. 15. 17. pr. de instit. action.* Est autem actio, quæ contra præponentem instituitur, illa ipsa, quæ ex contractu institoris descendit, emti, locati, ex mutuo &c. & datur in solidum, quia in solidum præponens consensit: Si plures præposuerint, ut correi debendi obligantur *l. 13. §. f. l. 14. de instit. action.* quod tamen non ubique observatur *v.* VINN. *ad §. 2. I. quod cum eo qui n. 2.* OBSERV. LAUTERB. *Obs.* 412.

§. 12. Non

§. 12. Non minus etiam præponens, ex contractu institoris, contra debitores, agere potest, nam non tantum ratione oneris, sed & commodi, in ejus contractus, consensit. Jure Romano quidem actio ei negari videtur *l. 1. de instit. act.* sed cum domino ex contractu Procuratoris, detur actio *l. 13. §. 25. de A. E. V.* ideo præponenti non tam actionem negasse, quam potius de nomine actionis disputasse, aut per otiosas ambages incessisse censendi sunt Romani. Imo nonnulli actionem diserte concedunt *l. 1. in fin. l. 2. de instit. action.* Non putem igitur, tricarum, ab æquitate abeuntium, aliquam habendam esse rationem *conf.* LAUTERB. *C. J. de instit. action.*

§. 13. Porro contingit (II.) *ut quis alium negotiationi maritimæ præponat*, circa quem casum, tria illa §. 3. laudata, etiam spectari possunt, & sunt ejus eadem fere jura, quæ præcedentis, hinc in plerisque, nuda remissione nobis defungi licebit. Is qui præponit, *Exercitor* dicitur, ad quem obventiones & reditus pertinent *l. 1. §. 15. de exerc. action.* ille vero, qui præponitur, *magister navis* audit, cui totius navis cura commissa est *l. 1. pr. §. 1. eod.*

§. 14. Constituitur Magister navis mutuo consensu, & obtinent dicta §. 4. Quoad præponentes etiam repetenda, quæ §. 5. diximus *v. l. 1. §. 16. de exerc. action.* hoc tamen singulare est, quod magister navis alium substituere possit, licet exercitor prohibuerit *l. 1. §. 5. eod.* quod ubique forte non observatur. Circa personas præponendas itidem doctrina §. 6. recurrit *v. l. 1. §. 4. de exerc. action.* Constituuntur magistri navium, intuitu negationum maritimarum, quo nomine, hic casus à præcedente distingvitur *v. l. 1. pr. eod.*

§. 15. Circa contractus magistri navis requiritur, ut, juxta voluntatem exercitoris, sint celebrati, & obtinent ea, quæ §. 7. 8. diximus. Debet scilicet (1.) esse contractum (2.) cum magistro navis *l. 1. §. 2. de exerc. action.* (3.) de rebus, quibus præpositus est, & secundum præpositionis legem *l. 1. §. 7. 12. 13. 14. eod.* commissa tamen etiam illa censentur, quæ ad executionem negotiationis necessaria & utilia sunt *l. 1. §. 8. 9. 11. l. fin. de exerc. action. v. l. 2. de jurisdict. l. 56. 62. de procur.*

§. 16. Ex contractibus initis, magister navis, agere & conveniri potest, ad effectus §. 9. 10. memoratos *v. l. 1. §. 17. 24. de exerc. act.*

Non minus etiam exercitor ex illis obligatur, secundum dicta §. 11. plures exercitores, ut correi debendi, tenentur *l. 1. § f. l. 4. §. 1. 4. eod.* Sed uti actus humani non semper eodem modo explicantur *v. d. l. 4. pr.* ita, apud nonnullas gentes, exercitores saltem pro rata, nec ultra pretium navis, & eorum, quæ in ea continentur, obligantur *v.* GROT. *de J. B. P. l. 2. c. 11. n. 13.* Denique exercitor, ex contractu Magistri navis, etiam agere potest, juxta §. *12.* doctrinam *v. l. 1. §. 18. de exerc. act. junct. l. 1. §. 11 de offic. præf. urb.* conf. LAUTERB. *C. J. de exerc. act.* DN. D. BARTH. *dissert de Magistr. nav. hab. Lips. 1694.*

§. 17. Accidit in vita civili (III.) ut *quis in alterius contractum specialiter consentiat.* Hoc ut penitius intelligatur, quadruplex consensus forma notari debet. Nam aliquando quis (1.) *alterius saltem ministerio utitur;* hoc casu non datur consensus in alienum contractum, sed mandans salus, per alium, simpliciter contrahit, hinc ad ipsum etiam unicè contractus pertinet, illeque solus exinde agere & conveniri potest *l. fin. quod juss. l. 4. C. quod cum eo qui l. 15. de constit. pecun.* Aliquando quis (2.) *ei, cum quo alius, nomine ejus, contracturus est, mandat, ut contractum ineat;* hoc casu consensus involvit proprium contractum mandati, cum extraneo celebratum *l. 8. C. mand.* & approbationem contractus alieni *l. 1. §. 1. 3. l. 3. quod juss. l. 8. C. quod cum eo* hinc contrahens, prout visum est, contra mandantem, vel ex ejus proprio, vel alieno contractu, agere potest.

§. 18. Aliquando (3.) *quis, animo contrahendi, mandat alicui, ut ipsius nomine, cum alio contrahat;* Hoc casu, consensus involvit proprium contractum mandati, cum procuratore initum, & approbationem contractus alieni: Hinc non tantum inter mandantem & mandatarium mutua nascitur obligatio, sed & mandans, ex contractu alieno, agere & conveniri potest *l. 13. §. 25. de A. E. V.* Denique aliquando quis (4.) *sine animo contrahendi, aliquem jubet, suo nomine, cum alio contrahere;* hoc casu, consensus saltem involvit approbationem contractus alieni, illeque præcipue, quoad dominos & servos, Patres & filiosfam. inter quos contractus regulariter non est, apud Romanos occurrebat, quod liberam personam verò tum occurrere videtur, quando ejus contractus ratihabentur *v. l. 7. §. 1. C. quod cum eo.*

§. 19. Huc pertinet triplex posterior, inprimis vero ultima consen-

sentiendi ratio, & nihil refert, sive consensus antecedat negotium suscipiendum *v. l. 25. §. 4. de A. O. H.* sive illud concomitetur, aut sequatur *l. 1. §. 1. 6. quod jusſ.* nihil quoque interest, sive expresse, sive tacitè consentiatur *d. l.* 1. §. 1. hinc si chirographo filii Pater subscribat, in contractum ejus censetur consensisse. Nuda tamen scientia Patris *l. 8. § 15. quib. mod. pign. solv.* vel commendatio filii, consensum non infert *l. fin. C. quod cum eo* nec fidejussio pro eo facta *l. 1. §. 5. quod jusſ.* cujus tamen observationis exiguus hodie videtur esse usus. Denique nihil interest, sive ipse dominus, sive is, qui ejus vices sustinet, ut tutor vel curator, consentiat *l. 1. §. f. l. 2. quod jusſ.*

§. 20. Posito igitur consensu, consentiens, ex contractu inito, obligatur in solidum, modo contrahens mandatum non excesserit *l. 3. quod jusſ.* Instituitur igitur, illa ipsa actio, quæ ex contractu descendit, puta emti, locati, ex mutuo &c. contra consentientem, quam hæredibus & contra hæredes etiam dari, ex generalibus principiis, manifestum est. Quodsi tamen mandatum, re integra, revocetur *l. 1. §. 2 quod jusſ.* aut jubens moriatur *v. l. 50. de A. O. H.* & is, cum quo contractus celebrandus est, id sciat, tum mandans amplius conveniri nequit. Poterit etiam consentiens, ex contractu, suo consensu, inito, contra extraneum agere *l. 13. §. 25. de A. E. V.* de quo tamen non adeo quæritur, cum utplurimum hic contractum à sua parte statim impleat. *conf.* LAUTERB. *C. J. quod jusſ.*

§. 21. Apud Romanos (IV.) *Domini & patres, servis & filiisfam. peculium aliquod concedebant v. l. 4 pr. l. 5. §. f. l. 8. l. 46. de pecul. l. 7. pr. de donat.* quo ipso, in eorum contractus, pro ratione quantitatis concessæ, consentiebant, sed ita, ut, quod postea personis, suæ potestati subjectis, credidissent, prius possent deducere *l. 5. §. fin l. 2. §. 2. seqq. de pecul. §. 4. in fin. I. quod cum eo qui.* Ex contractibus ergò servorum & filiorumfam. domini & Patres conveniebantur illis ipsis actionibus, quæ ex contractibus descendebant, quæ tamen aliquando in solidum competebant, aliquando minus solido persequebantur, pro diverso scilicet peculii habitu §. 38. *I. de action.* Quodsi soluta esset dominica vel patria potestas, fundamentum imputationis cessabat, non tamen statim; sed intra annum agi poterat *l. 1. 2. 3. quand. de pecul. act. annal. add.* OBSERV. LAUTERB. *Obs.* 435. *seqq.*

berum sit, ideo merito illud improbavit lex positiva *l. fin. C. de pact. pign.* De cætero hoc pactum distingvi debet à venditione pignoris, justo pretio, ex postfacto suscepta *l. 34. de pign. action.* nec non à venditione conditionali seu eventuali, justo itidem pretio facta *l. fin. de C.E.V. l. 16. §. f. de pignor.* denique à pacto, de re oppignorata, creditori æquo pretio vendenda *l. 1. C. de pact. pign.* nam, omnia hæc negotia valida esse, manifestum est *add.* LAUTERB. *C. J. de pign. action.*

CAPUT XVIII.
DE CONTRACTIBUS EX UNA PARTE IMPLETIS.

SUMMARIA.

§. 1.


Dductis, pro instituti ratione, variis contractuum speciebus, superest, ut ea, quæ diversis conventionibus communia sunt, etiam persequamur. Pertinet eo disquisitio de *contractibus aliisque negotiis* (nam hæc conjungere liceat) *ex una parte impletis.* Ex his, sine dubio, ille, qui suum præstitit, alterum quoque, ad implendam fidem, adigere potest, quod, in præcedentibus, hinc inde, satis ostensum est. Præterea verò, de re data, repetenda aliquando quæritur, quo nomine, in jure Romano, prodita est *Condictio causa data, causa non secuta,* de quo nunc in genere dispiciendum.

§. 2. Condictio causa data, causa non secuta, sive ob causam datorum

torum est *actio personalis, qua id, quod ob causam futuram licitam, datum est, causa illa non secuta, repetitur*, quæ actio civilis dicitur, & perpetua est *arg. l. 3. C. de præscript. 30. vel 40. annor.* Quo autem locum habeat, requiritur (1.) ut aliquid datum sit *l. 1. 3. 16. ff. de condict. c. d. c. n. f.* etiam civiliter *l. 4. 10. eod. l. 4. C. de condict. ob caus. dator. l. 24. in fin. de A. A. H. l. 115. de R. J.* facta autem exhibita repeti non possunt, hinc ad hæc condictio non pertinet *v.* VINN. *S. Q. l. 1. c. 46.* (2.) ob causam futuram *l. 52. 65. §. 4. de condict. indeb. l. 17. §. 4. de condit. & demonstr.* quæ vel expresse addita est *l. 7. C. de condict. ob caus. dat. l. 3. §. 7. in fin. ff. eod. l. 25. C. de transact.* vel ex natura negotii intelligitur *l. 6. pr. ff. l. 1. C. de condict. ob caus. dat. l. 3. 21. de jur. dot.* (3.) licitam *l. 1. pr. de condict. c. d. c. n. f. l. 1. §. 1. de condict. ob turp. caus.* & (4.) non impletam *l. 1. pr. l. 3. §. 2. ff. l. 6. 8. C. de condict. ob c. d. l. 52. de condict. indeb.*

§. 3. Causa autem non impletur vel ob *cessationem accipientis*, vel ob *pœnitentiam dantis*. Ita vulgo condictionis usum repræsentare solent *v.* LAUTERB. *C. J. de condict. c. d. c. n. f.* sed illa docendi ratio inadæquata est, pertinetque tantum ad contractus Romanorum innominatos, cum tamen, etiam intuitu aliorum negotiorum, de usu condictionis nostræ, quæri possit; Quare ut magis adæquate hæc res proponatur, forte non incongrue distingvitur, utrum causa futura, consideretur ut *ordinaria contractus præstatio*, an ut *modus vel conditio, specialiter adjecta*.

§. 4. Quoad prius, rursus sunt distingvendi contractus *nominati* & *innominati*. Circa illos in genere, ob pœnitentiam dantis, cessat condictio, quoad cessationem verò accipientis, iterum interest, an sint dominii translativi, nec ne. In illis, v. gr. emtione, condictio cessat, licet accipiens promissum non præstet *l. 8. C. de C. E. V. l. 14. C. de rescind. vendit.* nisi vel specialiter hoc conventum, vel sub conditione res data sit, vel fraus emtoris intervenerit *v. c. 3. §. 39. seqq.* aut in subsidium, ob inopiam debitoris, res repetenda sit, modo aliorum creditorum jus non obstet. In his vero, v. gr. locatione, repetitio locum habet, si accipiens promissum implere vel nolit, vel non possit *l. 15. §. 6. locat. v. c. 6. §. 23.*

§. 5. Circa contractus innominatos largior, de jure civili, condictionis nostræ est usus: Habet enim locum ob *pœnitentiam dantis l. 3.*

§. 2. 3. *l. 5. pr. §. seqq. de condict. c. d. c. n. f. l. 5. §. 1. de P. V.* licet accipiens promissum implere paratus sit *d. ll.* Cessat tamen pœnitentia, si, litis tollendæ causa, aliquid datum sit *l. 39. C. de transact.* vel res promissa, sine culpa accipientis, perierit *l. 5. §. 1. in fin. de P. V. l. 10. C. de condict. ob caus. dator.* v. OBSERV. LAUTERB. *Obs. 644.* aut negotium pro contractu innominato haberi non possit *l. 8. de condict. c. d. c. n. f.*

§. 6. Porro datur etiam condictio ob *cessationem accipientis*, circa hoc tamen varie distingvendum est. Si (1.) promissum implere nolit, locum habet condictio *l. 3. §. 2. de condict. c. d. c. n. f.* si vero (2.) non possit, ob legis, actum alias licitum annullantis, prohibitionem, tum itidem obtinet *l. 1. 5. C. eod.* si (3.) ob impossibilitatem, quæ ab initio adfuit, etiam repetitio fieri potest *l. 3. §. 5. ff. eod.* nisi dans eam sciverit, tum enim rem censetur donasse *l. 8. C. eod.* quæ duplex decisio proxime relata, etiam ad contractus nominatos pertinet, nam negotium, duobus istis casibus, est nullum, adeoque repetitio merito obtinet, nisi donatio accesserit.

§. 7. Ulterius si (4.) ex postfacto causa fiat impossibilis, & quidem voluntate dantis, repetitio cessat *v. l. 2. ff. de condict. c. d. c. n. f. l. 15. C. de donat. ant. nupt.* nam si ille censetur donare, qui impossibilitatem scit, multo magis donatio asserenda videtur in eo, qui eam procurat. Si vero (5.) voluntate & culpa accipientis, repetitio locum habet *l. 3. §. 3. l. 5. §. fin. de condict. c. d. c. n. f. l. 10. 11. C. eod.* si denique (6.) casu fortuito impossibilitas superveniat, & causa consistat in dando, repetitio cessat *l. 5. §. 1. de P. V. l. p. C. de condict. ob caus. dat.* nam res promissa, jacet periculo dantis *v. §. 5. h.* quodsi autem, spe futuræ conventionis, per anticipationem, res data sit, ac res sperata casu perierit, illa repeti potest *l. fin. de condict. c. d. c. n. f.* res enim periit suo domino v. OBSERV. LAUTERB. *Obs. 349.*

§. 8. Quodsi (7.) causa consistat in faciendo, tum interest, utrum factum respiciat certum objectum v. gr. servum manumittere, an indefinitum sit, v. gr. Capuam ire: Illo casu, objecto, sine promissoris culpa, sublato, repetitio cessat *l. 3. §. 3. 4. l. 5. §. 2. de condict. c. d. c. n. f. l. pen. C. eod.* nam hic etiam res periculo dantis & creditoris jacuit, perinde ut in casu præcedente, *de quo n. 6.* Hoc vero, repetitio

locum

locum habet, si promissor, casu impeditus, factum præstare nequeat *l.5. pr. eod.* nam eadem hic est ratio, quæ in locatione & conductione, de qua *§.4. in fin.* dictum *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 350.*

§. 9. In hunc fere modum, de contractibus innominatis, jure Romano, pronunciandum est. Verum cum illi hodie etiam consensuales sint, ut alibi ostensum, igitur, quoad repetitionem rei datæ, idem jus erit, quod in contractibus nominatis consensualibus. Quare, ob pœnitentiam, repetitio cessat, nec obtinent dicta *§.5.* quatenus facultatem pœnitendi asserunt. Porro cessat regulariter repetitio, in casu *§.6. n.1.* ut & *§.7. n.5.* Cætera manent, cum in contractibus nominatis, illa etiam locum inveniant *v. c.1. §.12. seqq. c.14. §. 10. 11. 13. 15.*

§. 10. Quod si causa, ut modus, vel conditio, specialiter adjecta, spectetur *v. §.3.* E. gr. si, certæ rei contemplatione, fundus exiguo pretio alteri vendatur *l. 6. C. de pact. inter emtor. & vendit.* aut dos, spe futuri matrimonii, numeretur *l. 6. pr. ff. l. 1. C. de condict. c. d. c. n. s.* vel pecunia falso procuratori, ut ratihabitionem domini impetret, solvatur *l. 14. ff. eod.* aut sub modo aliquid donetur *l. 1. C. de donat. quæ sub mod.* vel legetur *l. 17. §. 4. de condit. & demonstr. l. 19. de Legat. 3.* Hisce casibus ne quidem de jure civili, ob pœnitentiam res repeti poterit, bene tamen ob cessationem accipientis *l. 8. C. de condict. ob caus. dat.* nisi modus pro impleto habeatur *l. 1. C. de donat. quæ sub mod.* quæ hodie quoque obtinere videntur *add.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 557.*

§. 11. Datur autem condictio causa data, causa non secuta, in casibus habilibus danti & hæredibus *l. 2. 3. C. de condict. ob caus. dat.* Hi tamen ex propria pœnitentia rem repetere nequeunt *l. 3. de serv. export. l. 32. §. 2. de donat. inter V. & U. l. 4. locat.* quæ quæstio hodie supervacua est *v. §. 9. h.* Competit contra illos, qui rem acceperunt, & hæredes *l. 8. C. de condict. ob caus. dator.* sed non contra successores singulares *l. 4. C. de rer. permut.* hinc nec in concursu Creditorum repetitioni locus est.

§. 12. Persequitur hæc actio omnis generis res, mobiles & immobiles *l. 1. §. 1. l. 7. §. 1. de condict. c. d. c. n. s.* naturaliter vel civiliter datas *l. 4. 10. ff. l. 4. C. eod.* ut & fructus *l. 7. §. 1. l. 12. eod.* etiam ante litem contestatam perceptos *l. 38. §. 1. 7. de usur. l. 31. pr. de R. C.* quod ho-

hodie inprimis verum erit, exceptis tamen fructibus, bona fide consummatis: sed non usuras *l. 24. de P.V. l.3. C. de usur. l.1. C. de condict. indeb. l. 4. C. de condict. ob. turp. caus.* Cæterum uti hoc ultimum ex eo deducitur, quod condictio hæc, sit actio stricti juris, quod tamen non satis liquidum, ita hodie, usuras ob moram quoque esse solvendas, plane arbitror *v. R. I. 1600. §. so viel nun 139. R. I. 1654. §. anreichend 174. v.* STRYK *in not. ad* LAUTERB. *de condict. ob turp. caus.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 312. 357.*

§. 13. Ex his intelligi poterit, ex quo fundamento, condictio causa data, causa non secuta, oriatur. Vulgo eam, ex quasi contractu, qui contractus innominatos comitetur, ac ex æquitate præsumendus sit *l.3. §.7. de condict. c.d.c.n.f. l.65. §. 4. de condict. indeb. l. 13. §. f. commod.* repetunt *v.* STRUV. *S. J. C. exerc. 18. §. 4.* LAUTERB. *C. J. de condict. caus. dat. lit. C.* Sed uti doctrina illa particularis est, ita alii, ne quidem intuitu contractuum innominatorum, quasi contractum admittunt, sed ex ipso potius contractu innominato, condictionem deducunt HUBER *in posit. ad ff. de condict. caus. dat. n. 4.*

§. 14. Ego, ut alibi, ita nec hic, figmento quasi contractus opus esse arbitror, cum ex ipso negotio, intuitu cujus, de repetitione quæritur, condictio nostra descendat. Imo, si rem recte expendamus, illa nihil aliud est, quam ipsa actio, quæ ex contractu similive negotio oritur, v. gr. venditi *l. 6. C. de pact. inter emtor.* conducti *l. 15. §. 6. locat.* præscriptis verbis *l. 4. C. de rer. permut.* nam hæc vera illius textus videtur esse sententia *conf.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 645.* Interim cum specialem præstationem illa persequatur, ex scrupulositate fore Romani, peculiare accepit nomen, quod in aliis quoque exemplis contigit, ex quo admiratores juris Romani, novas actiones exsculpunt *add.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 343. seqq.*

§. 15. Aliquando res data, non tantum actione personali repeti, sed & à quovis possessore vindicari potest. Contingit hoc (1.) si dominium pacto habili fuerit reservatum (2.) si dominium sub conditione sit translatum, adeoque, deficiente conditione, actus sit imperfectus *v. c. 3. §. 39. 40.* cujus rei exemplum, est etiam in mortis causa donatione *l. 29. 30. 37. §. 1. l. 39. de mort. caus. donat.* (3.) si sub modo quidem res tradita, singularis tamen favor dantis causam tuea-

tueatur *l. 1. C. de donat. quæ sub mod. l. 15. C. de donat. ante nupt.* nam in hujusmodi actibus interpretandis & formandis, magnas partes habet lex positiva *add.* LAUTERB. *C. J. de condict. caus. dat.*

CAPUT XIX.

DE IMPUTATIONE CONTRACTUUM ALIENORUM.

SUMMARIA.

Sex præcipue casibus, contractus aliorum, aliis imputantur §. 1.
Imputationis causa est consensus vel utilitas collata §. 2.
Institoris definitio & divisio §. 3.
Constitutio §. 4.
Quinam institorem constituant §. 5.
Aut hoc munus recipiant §. 6.
Ex negotio juxta certa requisita, gesto §. 7. 8.
Institor agere & conveniri potest §. 9.
Non tamen finito officio §. 10.
Præponens etiam ex contractu institoris convenitur §. 11.
Et agit §. 12.
Negotiationi maritimæ præponitur magister navis §. 13.
Quoad rationem constituendi & personas convenit hæc negotiatio cum terrestri §. 14.
Contractus juxta voluntatem exercitoris sunt ineundi §. 15.
Ex quibus tam magister navis, quam exercitor conveniri & agere possunt §. 16.
In contractum alterius alius quandoque specialiter consentit §. 17. 18. 19.
Hinc consentiens in solidum obligatur §. 20.
Ob concessionem peculii pater & dominus peculiotenus tenentur, salvo tamen deductionis beneficio §. 21.
Sed accedente negotiationis scientia, deductio cessat §. 22.
Solum tamen quoad merces, in quibus negotiatio exercita §. 23.
Hodie casus peculii concessi fere non amplius occurrit §. 24.
Ob versionem in utilitatem, alius, ex contractu alterius, quoque tenetur §. 25.
Licet casus collatam utilitatem interceperit §. 26.
Actio ex ipso contractu descendens, eo nomine instituitur §. 27.
Quæ differt ab actione negotiorum gestorum §. 28.
Aliquando plura imputandi fundamenta concurrunt ac electioni creditoris locum faciunt §. 29.
Nonnunquam diversa fundamenta cumulantur §. 30.
Quomodo filiifam. ex contractibus suis obligentur §. 31.
Datur ipsis aliquando beneficium competentiæ §. 32.
In sex casus hactenus expositos peculiaria actionum nomina, jure Romano sunt constituta §. 33.
Quæ rectius exploduntur quam retinentur §. 34.

§. 1.



SÆpe, in vita civili, contractus aliis, qui immediatè non contraxerunt, imputantur, quo nomine, sex casus satis celebres, in jure Romano, memorantur (1.) si quis aliquem negotiationi terrestri (2.) maritimæ præposuerit, (3.) in contractum alterius specialiter consenserit (4.) Pater aut dominus filio vel servo pecu-

peculium simpliciter concesserit, (5.) in eo illos negotiari permiserit, ac denique (6.) si in alterius utilitatem contractus sit celebratus.

§. 2. Summatim autem duæ sunt imputationis causæ, *consensus & collata utilitas;* Ille in prioribus quinque casibus occurrrit, ac, in diversas formas, se iterum componit, dum vel specialis, vel generalis est, & vel præpositione vel peculii concessione, eaque vel simplici, vel, cum negotiationis scientia, conjuncta, se exserit: Hæc vero, in casu ultimo adest. De cætero tota hæc disquisitio, ex fundamentis naturalibus, resultat, nec adeo difficilis est, quæ verò Romani adjecerunt, ea fere in inutiles tricas resolvuntur, ac materiam hanc magis involvunt, quam explanant. *add.* OBSERV. LAUTERB. *Obs.* 423.

§. 3. Fit igitur (I.) *ut quis alium negotiationi terrestri præponat,* circa quem casum, summatim tria spectari possunt (1.) *præpositio* (2.) *præpositi contractus* (3.) *contractuum, à præposito initorum, effectus.* Is qui præponitur, *Institor* audit *v. l. 3. de instit. action.* & est *persona moralis, à domino, negotiationi quæstuariæ administrandæ, universaliter præposita l. 5. de instit. action.* Habet tamen illa præpositio suos gradus, hinc institor *generalis*, omnium negotiationum, & *specialis*, certæ alicujus, esse potest.

§. 4. Constituitur Institor mutuo consensu, qui quidem, quoad Patrem & filiumfam. dominum & servum, generale nomen retinet *l. 1. de instit. action. §. 4. I. de inutil. stipul. §. 2. I. quod cum eo qui.* sed hic casus hodie vel plane non occurrit, vel rarissimus est: Quoad personam vero liberam, in peculiarem contractum abit, nempe mandatum vel locationem *l. 1. §. 18. de exerc. action. l. 1. de instit. action.* aliquando etiam tacito consensu præpositio fit *l. 1. §. 5. de exerc. action. l. 7. §. 11. de SCto Maced.* Quodsi quis, sine consensu, alterius negotiationem administret, hactenus quidem pro institore haberi potest, ut domino rationem reddere teneatur, aut ab eo indemnitatem petere possit *l. 1. de instit. action.* non verò ut contractus, cum aliis celebrati, domino imputentur *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs.* 422. Affirmans ergo, aliquem esse institorem, præpositionem probare debet, est enim facti *v. l. 5. pr. l. 11. §. 2. l. 18. de instit. action.*

§. 5. Præponunt institores, qui negotiationes quæstuarias exercent *l. 5. eod. l. 13. de instrum. leg.* etiam fœminæ *l. 7. §. 1. ff. l. 4. C. de*

instit.

instit. action. pupilli, minores *l. 9. seqq.* tutores, curatores, procuratores *l. 5. §. fin. eod.* institores, modo præponens hoc non prohibuerit *l. 5. §. 17. eod. l. 1. §. 5. de exerc. action. l. 8. §. 3. mand.* Si quis autem negotiationem quæstuariam exercere prohibeatur eum nec institorem constituere posse, manifestum est, *v. l. 2. §. 1. de admin. rer. ad civit. pertin.*

§. 6. Præponuntur illi, qui usu rationis gaudent, etiamsi judicio satis firmo non utantur *l. 7. 8. de instit. action. l. 7. §. 11. de SCto Maced.* imputet enim sibi præponens, si, ex eorum administratione, damnum sentiat. Fit præpositio intuitu negotiationum quæstuariarum, quales inter mercatores occurrunt *l. 3. 4. 16. 18. de instit. action.* Pecuniis tamen fœnerandis, jure civili institor non fuit præpositus, ut quidam censent ex *l. 19. pr. de instit. action. §. 5. in fin. I. quod cum eo qui.* sed uti ista observatio saltem ad nomen præpositi, non effectum juris, spectat *v. l. 5. §. 2. eod.* ita hodie nomen quoque adhiberi potest. Ad negotia œconomica itidem non pertinet institor *l. 5. §. 10. eod. l. 13. §. 25. de A. E. V.* sed & hoc saltem ad nomen spectat, nam, dominum, etiam ex gestis procuratoris, teneri, quatenus consensit, manifestum est *v. l. 16. de instit. action.*

§. 7. Postea considerandi contractus ab institore celebrati *v. §. 3.* Hic uti varia gerere potest, ita, in genere, circa ea, requirendum est, ut juxta legem præpositionis sint suscepta. Requiritur igitur (1.) contractus *l. 1. de instit. act.* delicta institoris, hactenus ad dominum non pertinent, quamvis ob ea, ex alia causa, nonnunquam conveniri queat (2.) cum institore *l. 5. §. 17. l. 11. pr. l. 17. §. 2. 3. eod.* (3.) de rebus, quibus est præpositus, secundum legem præpositionis, initus *l. 5. §. 11. l. 11. §. 5. ff. l. 3. C. eod.* & nihil refert, sive domini, sive suo nomine, verbis in suam personam conceptis, institor contrahat *l. 1. ff. eod.*

§. 8. Non tantum autem ea, de quibus expresse dictum, sed & illa, quæ ad executionem eorum, necessaria & utilia sunt, commissa censentur. Hinc si v. gr. institor, ad tabernam reficiendam, pecuniam intra probabilem modum, mutuatus sit, & taberna refectione indigeat, in eamque causam pecunia sit data, dominus inde obligatur, licet institor pecuniam male consumserit *l. 1. §. 8. 9. l. fin. de exerc. action.* dominus enim hic non ex versione, sed consensu tenetur, ac imputet sibi, quod

quod opera hominis improbi utatur *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obſ. 411.* Quodſi conditio vel lex præpoſitionis captioſe concepta ſit, tum illa negligitur *l. 11. §. 5. de inſtit. action.*

§. 9. His poſitis, tertio quæritur de effectu contractuum ab inſtitore celebratorum *v.* §. 3. poteſt autem effectus ille conſiderari, vel ratione *inſtitoris*, vel *præponentis.* Inſtitor, ſi ſit perſona libera, nec in poteſtate præponendis, qualis hodie plerumque eſſe ſolet, *durante officio*, ex contractibus ſuis, contra debitores agere, & debitum exigere poteſt *l. 1. de inſtit. action. l. 1. §. 18. de exerc. action.* Non minus etiam à creditoribus poteſt conveniri *l. 7. §. 1. de inſtit. action. l. 7. §. 11. ad SCt. Maced.* CARPZ. *p. 2. C.* 20. *D. 14. n.* 2. non ut de ſuo, ſed ut ex rebus, quibus præeſt, ſolvat *v. l.* 43. §. *1. de admin. tutor. l. 1. C. quand. ex fact. tutor. l. 5. 7. ff. eod. l. 1.* §. *f. quod juſſ. l.* 4. *de re jud.* hinc executio in bona inſtitoris fieri, vel ipſe arreſtari nequit *v.* CARPZ. *p. 1. C.* 32. *D.* 14. *C.* 30. *D. 11.*

§. 10. Sed, *officio finito*, neque ipſe amplius agere, neque conveniri poteſt *l. fin. de inſtit. action.* niſi proprio nomine contraxerit, quod inprimis ex objecto, cujus intuitu contractus celebratus eſt, judicandum videtur *v.* CARPZ. *p. 1. Dec.* 10. *l.* 4. *Rſp.* 80. aut in ſpecie fidem ſuam adſtrinxerit *l. 67. de procur. l.* 3. §. 2. *de admin. rer. ad civit. pertin. l. 5. quand. ex fact. tut. l.* 15. *C. de admin. tutor.* vel fines præpoſitionis exceſſerit *l.* 43. §. 1. *de admin. tutor.* nam omnibus hiſce caſibus non ut inſtitor, ſed ut ſuo nomine contrahens, conſideratur. Quodſi inſtitor, ſive durante, ſive finito officio, de ſuo ſolverit, non à Creditore id repetere poteſt, ſed dominum repoſcere debet *l. 6.* 44. *de condict. indebit.*

§. 11. Ulterius ex contractu inſtitoris, ipſe præponens etiam conveniri poteſt ob conſenſum, nam hoc æquitas exigit, quam contra ſummi juris injuſtitiam *v.* §. 10. *I. de action. l. 3. C. ne uxor. pro mar. in fin.* apud Romanos aſſeruit Prætor *l. 1. 5. §. 12. l. 14. 15. 17. pr. de inſtit. action.* Eſt autem actio, quæ contra præponentem inſtituitur, illa ipſa, quæ ex contractu inſtitoris deſcendit, emti, locati, ex mutuo &c. & datur in ſolidum, quia in ſolidum præponens conſenſit: Si plures præpoſuerint, ut correi debendi obligantur *l. 13. §. f. l. 14. de inſtit. action.* quod tamen non ubique obſervatur *v.* VINN. *ad* §. 2. *I. quod cum eo qui n.* 2. OBSERV. LAUTERB. *Obſ.* 412.

§. 12. Non

§. 12. Non minus etiam præponens, ex contractu institoris, contra debitores, agere potest, nam non tantum ratione oneris, sed & commodi, in ejus contractus, consensit. Jure Romano quidem actio ei negari videtur *l.* 1. *de instit. act.* sed cum domino ex contractu Procuratoris, detur actio *l.* 13. §. 25. *de A. E. V.* ideo præponenti non tam actionem negasse, quam potius de nomine actionis disputasse, aut per otiosas ambages incessisse censendi sunt Romani. Imo nonnulli actionem diserte concedunt *l.* 1. *in fin. l.* 2. *de instit. action.* Non putem igitur, tricarum, ab æquitate abeuntium, aliquam habendam esse rationem *conf.* LAUTERB. *C. J. de instit. action.*

§. 13. Porro contingit (II.) *ut quis alium negotiationi maritimæ præponat*, circa quem casum, tria illa §. 3. laudata, etiam spectari possunt, & sunt ejus eadem fere jura, quæ præcedentis, hinc in plerisque, nuda remissione nobis defungi licebit. Is qui præponit, *Exercitor* dicitur, ad quem obventiones & reditus pertinent *l.* 1. §. 15. *de exerc. action.* ille vero, qui præponitur, *magister navis* audit, cui totius navis cura commissa est *l.* 1. *pr.* §. 1. *eod.*

§. 14. Constituitur Magister navis mutuo consensu, & obtinent dicta §. 4. Quoad præponentes etiam repetenda, quæ §. 5. diximus *v. l.* 1. §. 16. *de exerc. action.* hoc tamen singulare est, quod magister navis alium substituere possit, licet exercitor prohibuerit *l.* 1. §. 5. *eod.* quod ubique forte non observatur. Circa personas præponendas itidem doctrina §. 6. recurrit *v. l.* 1. §. 4. *de exerc. action.* Constituuntur magistri navium, intuitu negationum maritimarum, quo nomine, hic casus à præcedente distingvitur *v. l.* 1 *pr. eod.*

§. 15. Circa contractus magistri navis requiritur, ut, juxta voluntatem exercitoris, sint celebrati, & obtinent ea, quæ §. 7. 8 diximus. Debet scilicet (1.) esse contractum (2.) cum magistro navis *l.* 1. §. 2. *de exerc. action.* (3.) de rebus, quibus præpositus est, & secundum præpositionis legem *l.* 1. §. 7. 12. 13. 14. *eod.* commissa tamen etiam illa censentur, quæ ad executionem negotiationis necessaria & utilia sunt *l.* 1. §. 8. 9. 11. *l. fin. de exerc. action. v. l.* 2. *de jurisdict. l.* 56. 62. *de procur.*

§. 16. Ex contractibus initis, magister navis, agere & conveniri potest, ad effectus §. 9. 10. memoratos *v. l.* 1. §. 17. 24. *de exerc. act.*

Non minus etiam exercitor ex illis obligatur, secundum dicta *§. 11.* plures exercitores, ut correi debendi, tenentur *l. 1. § f. l. 4. §. 1. 4. eod.* Sed uti actus humani non semper eodem modo explicantur *v. d. l. 4. pr.* ita, apud nonnullas gentes, exercitores saltem pro rata, nec ultra pretium navis, & eorum, quæ in ea continentur, obligantur *v.* GROT. *de J. B. P. l. 2. c. 11. n. 13.* Denique exercitor, ex contractu Magistri navis, etiam agere potest, juxta *§. 12.* doctrinam *v. l. 1. §. 18. de exerc. act. junct. l. 1. §. 11 de offic. præf. urb.* conf. LAUTERB. *C. J. de exerc. act.* DN. D. BARTH. *dissert de Magistr. nav. hab. Lips. 1694.*

§. 17. Accidit in vita civili (III.) ut *quis in alterius contractum specialiter consentiat.* Hoc ut penitius intelligatur, quadruplex consensus forma notari debet. Nam aliquando quis (1.) *alterius saltem ministerio utitur;* hoc casu non datur consensus in alienum contractum, sed mandans solus, per alium, simpliciter contrahit, hinc ad ipsum etiam unicè contractus pertinet, illeque solus exinde agere & conveniri potest *l. fin. quod jussu. l. 4. C. quod cum eo qui l. 15. de constit. pecun.* Aliquando quis (2.) *ei, cum quo alius, nomine ejus, contracturus est, mandat, ut contractum ineat;* hoc casu consensus involvit proprium contractum mandati, cum extraneo celebratum *l. 8. C. mand.* & approbationem contractus alieni *l. 1. §. 1. 3. l. 3. quod jussu. l. 8. C. quod cum eo* hinc contrahens, prout visum est, contra mandantem, vel ex ejus proprio, vel alieno contractu, agere potest.

§. 18. Aliquando (3.) *quis, animo contrahendi, mandat alicui, ut ipsius nomine, cum alio contrahat;* Hoc casu, consensus involvit proprium contractum mandati, cum procuratore initum, & approbationem contractus alieni: Hinc non tantum inter mandantem & mandatarium mutua nascitur obligatio, sed & mandans, ex contractu alieno, agere & conveniri potest *l. 13. §. 25. de A. E. V.* Denique aliquando quis (4.) *sine animo contrahendi, aliquem jubet, suo nomine, cum alio contrahere;* hoc casu, consensus saltem involvit approbationem contractus alieni, illeque præcipue, quoad dominos & servos, Patres & filiosfam. inter quos contractus regulariter non est, apud Romanos occurrebat, quod liberam personam verò tum occurrere videtur, quando ejus contractus ratihabentur *v. l. 7. §. 1. C. quod cum eo.*

§. 19. Huc pertinet triplex posterior, inprimis vero ultima consen-

ſentiendi ratio, & nihil refert, ſive conſenſus antecedat negotium ſuſcipiendum *v. l. 25. §. 4. de A. O. H.* ſive illud concomitetur, aut ſequatur *l. 1. §. 1.6. quod juſſ.* nihil quoque intereſt, ſive expreſſe, ſive tacitè conſentiatur *d. l. 1. §. 1.* hinc ſi chirographo filii Pater ſubſcribat, in contractum ejus cenſetur conſenſiſſe. Nuda tamen ſcientia Patris *l. 8. § 15. quib. mod. pign. ſolv.* vel commendatio filii, conſenſum non infert *l. fin. C. quod cum eo* nec fidejuſſio pro eo facta *l. 1. §. 5. quod juſſ.* cujus tamen obſervationis exiguus hodie videtur eſſe uſus. Denique nihil intereſt, ſive ipſe dominus, ſive is, qui ejus vices ſuſtinet, ut tutor vel curator, conſentiat *l. 1. §. f. l. 2. quod juſſ.*

§. 20. Poſito igitur conſenſu, conſentiens, ex contractu inito, obligatur in ſolidum, modo contrahens mandatum non exceſſerit *l. 3. quod juſſ.* Inſtituitur igitur, illa ipſa actio, quæ ex contractu deſcendit, puta emti, locati, ex mutuo &c. contra conſentientem, quam hæredibus & contra hæredes etiam dari, ex generalibus principiis, manifeſtum eſt. Quodſi tamen mandatum, re integra, revocetur *l. 1. §. 2. quod juſſ.* aut jubens moriatur *v. l. 50. de A. O. H.* & is, cum quo contractus celebrandus eſt, id ſciat, tum mandans amplius conveniri nequit. Poterit etiam conſentiens, ex contractu, ſuo conſenſu, inito, contra extraneum agere *l. 13. §. 25. de A. E. V.* de quo tamen non adeo quæritur, cum utplurimum hic contractum à ſua parte ſtatim impleat. *conf.* LAUTERB. *C. J. quod juſſ.*

§. 21. Apud Romanos (IV.) *Domini & patres, ſervis & filiisfam. peculium aliquod concedebant v. l. 4 pr. l. 5. §. f. l. 8. l. 46. de pecul. l. 7. pr. de donat.* quo ipſo, in eorum contractus, pro ratione quantitatis conceſſæ, conſentiebant, ſed ita, ut, quod poſtea perſonis, ſuæ poteſtati ſubjectis, crediſiſſent, prius poſſent deducere *l. 5. §. fin l. 2. §. 2. ſeqq. de pecul. §. 4. in fin. I. quod cum eo qui.* Ex contractibus ergò ſervorum & filiorumfam. domini & Patres conveniebantur illis ipſis actionibus, quæ ex contractibus deſcendebant, quæ tamen aliquando in ſolidum competebant, aliquando minus ſolido perſequebantur, pro diverſo ſcilicet peculii habitu §. 38. *I. de action.* Quodſi ſoluta eſſet dominica vel patria poteſtas, fundamentum imputationis ceſſabat, non tamen ſtatim; ſed intra annum agi poterat *l. 1. 2. 3. quand. de pecul. act. annal. add.* OBSERV. LAUTERB. *Obſ. 435. ſeqq.*

berum sit, ideo merito illud improbavit lex positiva *l. fin. C. de pact. pign.* De cætero hoc pactum distingvi debet à venditione pignoris, justo pretio, ex postfacto suscepta *l. 34. de pign. action.* nec non à venditione conditionali seu eventuali, justo itidem pretio facta *l. fin. de C. E. V. l. 16. §. f. de pignor.* denique à pacto, de re oppignorata, creditori æquo pretio vendenda *l. 1. C. de pact. pign.* nam, omnia hæc negotia valida esse, manifestum est *add.* LAUTERB. *C. J. de pign. action.*

CAPUT XVIII.
DE CONTRACTIBUS EX UNA PARTE IMPLETIS.

SUMMARIA.

Usus condictionis causa data, causa non secuta §. 1.
Ejus indoles & requisita §. 2.
Datur ob causam non secutam §. 3.
In contractibus nominatis quando repetitio locum habeat §. 4.
In innominatis res repetitur ob pœnitentiam dantis §. 5.
Et cessationem accipientis §. 6. 7. 8.
Quod hodie non indistincte obtinet §. 9.
Deficiente modo specialiter adjecto, res jure civili & hodierno repeti potest §. 10.
Condictionis hujus subjectum §. 11.
Et objectum §. 12.
Oritur illa ex quasi, vel innominato contractu, juxta quorundam sententiam §. 13.
Sed est ipsa actio, quæ ex negotio gesto descendit §. 14.
Concurrit aliquando cum ea, rei vindicatio §. 15.

§. 1.



Dductis, pro instituti ratione, variis contractuum speciebus, superest, ut ea, quæ diversis conventionibus communia sunt, etiam persequamur. Pertinet eo disquisitio de *contractibus aliisque negotiis* (nam hæc conjungere liceat) *ex una parte impletis.* Ex his, sine dubio, ille, qui suum præstitit, alterum quoque, ad implendam fidem, adigere potest, quod, in præcedentibus, hinc inde, satis ostensum est. Præterea verò, de re data, repetenda aliquando quæritur, quo nomine, in jure Romano, prodita est *Condictio causa data, causa non secuta,* de quo nunc in genere dispiciendum.

§. 2. Condictio causa data, causa non secuta, sive ob causam datorum

torum est *actio personalis, qua id, quod ob causam futuram licitam, datum est, causa illa non secuta, repetitur*, quæ actio civilis dicitur, & perpetua est *arg. l. 3. C. de præscript. 30. vel 40. annor.* Quo autem locum habeat, requiritur (1.) ut aliquid datum sit *l. 1. 3. 16. ff. de condict. c. d. c. n. s.* etiam civiliter *l. 4. 10. eod. l. 4. C. de condict. ob caus. dator. l. 24. in fin. de A. A. H. l. 115. de R. J.* facta autem exhibita repeti non possunt, hinc ad hæc condictio non pertinet *v.* VINN. *S. Q. l. 1. c. 46.* (2.) ob causam futuram *l. 52. 65. §. 4. de condict. indeb. l. 17. §. 4. de condit. & demonstr.* quæ vel expresse addita est *l. 7. C. de condict. ob caus. dat. l. 3. §. 7. in fin. ff. eod. l. 25. C. de transact.* vel ex natura negotii intelligitur *l. 6. pr. ff. l. 1. C. de condict. ob caus. dat. l. 3. 21. de jur. dot.* (3.) licitam *l. 1. pr. de condict. c. d. c. n. s. l. 1. §. 1. de condict. ob turp. caus.* & (4.) non impletam *l. 1. pr. l. 3. §. 2. ff. l. 6. 8. C. de condict. ob c. d. l. 52. de condict. indeb.*

§. 3. Causa autem non impletur vel ob *cessationem accipientis*, vel ob *pœnitentiam dantis*. Ita vulgo condictionis usum repræsentare solent *v.* LAUTERB. *C. J. de condict. c. d. c. n. s.* sed illa docendi ratio inadæquata est, pertinetque tantum ad contractus Romanorum innominatos, cum tamen, etiam intuitu aliorum negotiorum, de usu condictionis nostræ, quæri possit; Quare ut magis adæquate hæc res proponatur, forte non incongrue distingvitur, utrum causa futura, consideretur ut *ordinaria contractus præstatio*, an ut *modus vel conditio, specialiter adjecta.*

§. 4. Quoad prius, rursus sunt distingvendi contractus *nominati* & *innominati*. Circa illos in genere, ob pœnitentiam dantis, cessat condictio, quoad cessationem verò accipientis, iterum interest, an sint dominii translativi, nec ne. In illis, v. gr. emtione, condictio cessat, licet accipiens promissum non præstet *l. 8. C. de C. E. V. l. 14. C. de rescind. vendit.* nisi vel specialiter hoc conventum, vel sub conditione res data sit, vel fraus emtoris intervenerit *v. c. 3. §. 39. seqq.* aut in subsidium, ob inopiam debitoris, res repetenda sit, modo aliorum creditorum jus non obstet. In his vero, v. gr. locatione, repetitio locum habet, si accipiens promissum implere vel nolit, vel non possit *l. 15. §. 6. locat. v. c. 6. §. 23.*

§. 5. Circa contractus innominatos largior, de jure civili, condictionis nostræ est usus: Habet enim locum ob *pœnitentiam dantis l. 3. §. 2. 3.*

§. 2. 3. *l. 5. pr. §. seqq. de condict. c. d. c. n. s. l. 5. §. 1. de P. V.* licet accipiens promissum implere paratus sit *d. ll.* Cessat tamen pœnitentia, si, litis tollendæ causa, aliquid datum sit *l. 39. C. de transact.* vel res promissa, sine culpa accipientis, perierit *l. 5. §. 1. in fin. de P. V. l. 10. C. de condict. ob caus. dator. v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 644.* aut negotium pro contractu innominato haberi non possit *l. 8. de condict. c. d. c. n. s.*

§. 6. Porro datur etiam condictio ob *cessationem accipientis*, circa hoc tamen varie distingvendum est. Si (1.) promissum implere nolit, locum habet condictio *l. 3. §. 2. de condict. c. d. c. n. s.* si vero (2.) non possit, ob legis, actum alias licitum annullantis, prohibitionem, tum itidem obtinet *l. 1. 5. C. eod.* si (3.) ob impossibilitatem, quæ ab initio adfuit, etiam repetitio fieri potest *l. 3. §. 5. ff. eod.* nisi dans eam sciverit, tum enim rem censetur donasse *l. 8. C. eod.* quæ duplex decisio proxime relata, etiam ad contractus nominatos pertinet, nam negotium, duobus istis casibus, est nullum, adeoque repetitio merito obtinet, nisi donatio accesserit.

§. 7. Ulterius si (4.) ex postfacto causa fiat impossibilis, & quidem voluntate dantis, repetitio cessat *v. l. 2. ff. de condict. c. d. c. n. s. l. 15. C. de donat. ant. nupt.* nam si ille censetur donare, qui impossibilitatem scit, multo magis donatio asserenda videtur in eo, qui eam procurat. Si vero (5.) voluntate & culpa accipientis, repetitio locum habet *l. 3. §. 3. l. 5. §. fin. de condict. c. d. c. n. s. l. 10. 11. C. eod.* si denique (6.) casu fortuito impossibilitas superveniat, & causa consistat in dando, repetitio cessat *l. 5. §. 1. de P. V. l. p. C. de condict. ob caus. dat.* nam res promissa, jacet periculo dantis *v. §. 5. h.* quodsi autem, spe futuræ conventionis, per anticipationem, res data sit, ac res sperata casu perierit, illa repeti potest *l. fin. de condict. c. d. c. n. s.* res enim periit suo domino *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 349.*

§. 8. Quodsi (7.) causa consistat in faciendo, tum interest, utrum factum respiciat certum objectum v. gr. servum manumittere, an indefinitum sit, v. gr. Capuam ire: Illo casu, objecto, sine promissoris culpa, sublato, repetitio cessat *l. 3. §. 3. 4. l. 5. §. 2. de condict. c. d. c. n. s. l. pen. C. eod.* nam hic etiam res periculo dantis & creditoris jacuit, perinde ut in casu præcedente, *de quo n. 6.* Hoc vero, repetitio locum

locum habet, si promissor, casu impeditus, factum præstare nequeat *l.5. pr. eod.* nam eadem hic est ratio, quæ in locatione & conductione, de qua *§.4. in fin.* dictum *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 350.*

§. 9. In hunc fere modum, de contractibus innominatis, jure Romano, pronunciandum est. Verum cum illi hodie etiam consensuales sint, ut alibi ostensum, igitur, quoad repetitionem rei datæ, idem jus erit, quod in contractibus nominatis consensualibus. Quare, ob pœnitentiam, repetitio cessat, nec obtinent dicta *§.5.* quatenus facultatem pœnitendi asserunt. Porro cessat regulariter repetitio, in casu *§.6. n.1.* ut & *§.7. n.5.* Cætera manent, cum in contractibus nominatis, illa etiam locum inveniant *v. c.1. §.12. seqq. c.14. §. 10. 11. 13. 15.*

§. 10. Quodsi causa, ut modus, vel conditio, specialiter adjecta, spectetur *v. §.3.* E. gr. si, certæ rei contemplatione, fundus exiguo pretio alteri vendatur *l. 6. C. de pact. inter emtor. & vendit.* aut dos, spe futuri matrimonii, numeretur *l.6. pr. ff. l. 1. C. de condict. c. d. c. n. s.* vel pecunia falso procuratori, ut ratihabitionem domini impetret, solvatur *l. 14. ff. eod.* aut sub modo aliquid donetur *l. 1. C. de donat. quæ sub mod.* vel legetur *l. 17. §. 4. de condit. & demonstr. l. 19. de Legat. 3.* Hisce casibus ne quidem de jure civili, ob pœnitentiam res repeti poterit, bene tamen ob cessationem accipientis *l. 8. C. de condict. ob caus. dat.* nisi modus pro impleto habeatur *l. 1. C. de donat. quæ sub mod.* quæ hodie quoque obtinere videntur *add.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 557.*

§. 11. Datur autem condictio causa data, causa non secuta, in casibus habilibus danti & hæredibus *l. 2. 3. C. de condict. ob caus. dat.* Hi tamen ex propria pœnitentia rem repetere nequeunt *l. 3. de serv. export. l. 32. §. 2. de donat. inter V. & U. l. 4. locat.* quæ quæstio hodie supervacua est *v. §. 9. h.* Competit contra illos, qui rem acceperunt, & hæredes *l. 8. C. de condict. ob caus. dator.* sed non contra successores singulares *l. 4. C. de rer. permut.* hinc nec in concursu Creditorum repetitioni locus est.

§. 12. Persequitur hæc actio omnis generis res, mobiles & immobiles *l. 1. §. 1. l. 7. §. 1. de condict. c. d. c. n. s.* naturaliter vel civiliter datas *l. 4. 10. ff. l. 4. C. eod.* ut & fructus *l. 7. §. 1. l. 12. eod.* etiam ante litem contestatam perceptos *l. 38. §. 1. 7. de usur. l. 31. pr. de R. C.* quod ho-

tueatur *l. 1. C. de donat. quæ sub mod. l. 15. C. de donat. ante nupt.* nam in hujusmodi actibus interpretandis & formandis, magnas partes habet lex positiva *add.* LAUTERB. *C. J. de condict. caus. dat.*

CAPUT XIX.
DE IMPUTATIONE CONTRACTUUM ALIENORUM.

SUMMARIA.

Sex præcipue casibus, contractus aliorum, aliis imputantur §. 1.
Imputationis causa est consensus vel utilitas collata §. 2.
Institoris definitio & divisio §. 3.
Constitutio §. 4.
Quinam institorem constituant §. 5.
Aut hoc munus recipiant §. 6.
Ex negotio juxta certa requisita, gesto §. 7. 8.
Institor agere & conveniri potest §. 9.
Non tamen finito officio §. 10.
Præponens etiam ex contractu institoris convenitur §. 11.
Et agit §. 12.
Negotiationi maritimæ præponitur magister navis §. 13.
Quoad rationem constituendi & personas convenit hæc negotiatio cum terrestri §. 14.
Contractus juxta voluntatem exercitoris sunt ineundi §. 15.
Ex quibus tam magister navis, quam exercitor conveniri & agere possunt §. 16.
In contractum alterius alius quandoque specialiter consentit §. 17. 18. 19.
Hinc consentiens in solidum obligatur §. 20.
Ob concessionem peculii pater & dominus peculiotenus tenentur, salvo tamen deductionis beneficio §. 21.
Sed accedente negotiationis scientia, deductio cessat §. 22.
Solum tamen quoad merces, in quibus negotiatio exercita §. 23.
Hodie casus peculii concessi fere non amplius occurrit §. 24.
Ob versionem in utilitatem, alius, ex contractu alterius, quoque tenetur §. 25.
Licet casus collatam utilitatem interceperit §. 26.
Actio ex ipso contractu descendens, eo nomine instituitur §. 27.
Quæ differt ab actione negotiorum gestorum §. 28.
Aliquando plura imputandi fundamenta concurrunt ac electioni creditoris locum faciunt §. 29.
Nonnunquam diversa fundamenta cumulantur §. 30.
Quomodo filiifam. ex contractibus suis obligentur §. 31.
Datur ipsis aliquando beneficium competentiæ §. 32.
In sex casus hactenus expositos peculiaria actionum nomina, jure Romano sunt constituta §. 33.
Quæ rectius exploduntur quam retinentur §. 34.

§. 1.



SÆpe, in vita civili, contractus aliis, qui immediatè non contraxerunt, imputantur, quo nomine, sex casus satis celebres, in jure Romano, memorantur (1.) si quis aliquem negotiationi terrestri (2.) maritimæ præposuerit, (3.) in contractum alterius specialiter consenserit (4.) Pater aut dominus filio vel servo pecu-

peculium ſimpliciter conceſſerit, (5.) in eo illos negotiari permiſerit, ac denique (6.) ſi in alterius utilitatem contractus ſit celebratus.

§. 2. Summatim autem duæ ſunt imputationis cauſæ, *conſenſus* & *collata utilitas;* Ille in prioribus quinque caſibus occurrrit, ac, in diverſas formas, ſe iterum componit, dum vel ſpecialis, vel generalis eſt, & vel præpoſitione vel peculii conceſſione, eaque vel ſimplici, vel, cum negotiationis ſcientia, conjuncta, ſe exſerit: Hæc vero, in caſu ultimo adeſt. De cætero tota hæc diſquiſitio, ex fundamentis naturalibus, reſultat, nec adeo difficilis eſt, quæ verò Romani adjecerunt, ea fere in inutiles tricas reſolvuntur, ac materiam hanc magis involvunt, quam explanant. *add.* OBSERV. LAUTERB. *Obſ.* 423.

§. 3. Fit igitur (I.) *ut quis alium negotiationi terreſtri præponat,* circa quem caſum, ſummatim tria ſpectari poſſunt (1.) *præpoſitio* (2.) *præpoſiti contractus* (3.) *contractuum, à præpoſito initorum, effectus.* Is qui præponitur, *Inſtitor* audit *v. l. 3. de inſtit. action.* & eſt *perſona moralis, à domino, negotiationi quæſtuariæ adminiſtrandæ, univerſaliter præpoſita l. 5. de inſtit. action.* Habet tamen illa præpoſitio ſuos gradus, hinc inſtitor *generalis*, omnium negotiationum, & *ſpecialis*, certæ alicujus, eſſe poteſt.

§. 4. Conſtituitur Inſtitor mutuo conſenſu, qui quidem, quoad Patrem & filiumfam. dominum & ſervum, generale nomen retinet *l. 1. de inſtit. action. §. 4. I. de inutil. ſtipul. §. 2. I. quod cum eo qui.* ſed hic caſus hodie vel plane non occurrit, vel rariſſimus eſt: Quoad perſonam vero liberam, in peculiarem contractum abit, nempe mandatum vel locationem *l. 1. §. 18. de exerc. action. l. 1. de inſtit. action.* aliquando etiam tacito conſenſu præpoſitio fit *l. 1. §. 5. de exerc. action. l. 7. §. 11. de SCto Maced.* Quodſi quis, ſine conſenſu, alterius negotiationem adminiſtret, hactenus quidem pro inſtitore haberi poteſt, ut domino rationem reddere teneatur, aut ab eo indemnitatem petere poſſit *l. 1. de inſtit. action.* non verò ut contractus, cum aliis celebrati, domino imputentur *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obſ.* 422. Affirmans ergo, aliquem eſſe inſtitorem, præpoſitionem probare debet, eſt enim facti *v. l. 5. pr. l. 11. §. 2. l. 18. de inſtit. action.*

§. 5. Præponunt inſtitores, qui negotiationes quæſtuarias exercent *l. 5. eod. l. 13. de inſtrum. leg.* etiam fœminæ *l. 7. §. 1. ff. l. 4. C. de inſtit.*

instit. action. pupilli, minores *l. 9. seqq.* tutores, curatores, procuratores *l. 5. §. fin. eod.* institores, modo præponens hoc non prohibuerit *l. 5. §. 17. eod. l. 1. §. 5. de exerc. action. l. 8. §. 3. mand.* Si quis autem negotiationem quæstuariam exercere prohibeatur eum nec institorem constituere posse, manifestum est, *v. l. 2. §. 1. de admin. rer. ad civit. pertin.*

§. 6. Præponuntur illi, qui usu rationis gaudent, etiamsi judicio satis firmo non utantur *l. 7. 8. de instit. action. l. 7. §. 11. de SCto Maced.* imputet enim sibi præponens, si, ex eorum administratione, damnum sentiat. Fit præpositio intuitu negotiationum quæstuariarum, quales inter mercatores occurrunt *l. 3. 4. 16. 18. de instit. action.* Pecuniis tamen fœnerandis, jure civili institor non fuit præpositus, ut quidam censent ex *l. 19. pr. de instit. action. §. 5. in fin. l. quod cum eo qui.* sed uti ista observatio saltem ad nomen præpositi, non effectum juris, spectat *v. l. 5. §. 2. eod.* ita hodie nomen quoque adhiberi potest. Ad negotia œconomica itidem non pertinet institor *l. 5. §. 10. eod. l. 13. §. 25. de A. E. V.* sed & hoc saltem ad nomen spectat, nam, dominum, etiam ex gestis procuratoris, teneri, quatenus consensit, manifestum est *v. l. 16. de instit. action.*

§. 7. Postea considerandi contractus ab institore celebrati *v. §. 3.* Hic uti varia gerere potest, ita, in genere, circa ea, requirendum est, ut juxta legem præpositionis sint suscepta. Requiritur igitur (1.) contractus *l. 1. de instit. act.* delicta institoris, hactenus ad dominum non pertinent, quamvis ob ea, ex alia causa, nonnunquam conveniri queat (2.) cum institore *l. 5. §. 17. l. 11. pr. l. 17. §. 2. 3. eod.* (3.) de rebus, quibus est præpositus, secundum legem præpositionis, initus *l. 5. §. 11. l. 11. §. 5. ff. l. 3. C. eod.* & nihil refert, sive domini, sive suo nomine, verbis in suam personam conceptis, institor contrahat *l. 1. ff. eod.*

§. 8. Non tantum autem ea, de quibus expresse dictum, sed & illa, quæ ad executionem eorum, necessaria & utilia sunt, commissa censentur. Hinc si v. gr. institor, ad tabernam reficiendam, pecuniam intra probabilem modum, mutuatus sit, & taberna refectione indigeat, in eamque causam pecunia sit data, dominus inde obligatur, licet institor pecuniam malè consumserit *l. 1. §. 8. 9. l. fin. de exerc. action.* dominus enim hic non ex versione, sed consensu tenetur, ac imputet sibi,

quod opera hominis improbi utatur *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obſ. 411.* Quodſi conditio vel lex præpoſitionis captioſe concepta ſit, tum illa negligitur *l. 11. §. 5. de inſtit. action.*

§. 9. His poſitis, tertio quæritur de effectu contractuum ab inſtitore celebratorum *v.* §. 3. poteſt autem effectus ille conſiderari, vel ratione *inſtitoris*, vel *præponentis*. Inſtitor, ſi ſit perſona libera, nec in poteſtate præponendis, qualis hodie plerumque eſſe ſolet, *durante officio*, ex contractibus ſuis, contra debitores agere, & debitum exigere poteſt *l. 1. de inſtit. action. l. 1. §. 18. de exerc. action.* Non minus etiam à creditoribus poteſt conveniri *l. 7. §. 1. de inſtit. action. l. 7. §. 11. ad SCt. Maced.* CARPZ. *p. 2. C. 20. D. 14. n. 2.* non ut de ſuo, ſed ut ex rebus, quibus præeſt, ſolvat *v. l. 43. §. 1. de admin. tutor. l. 1. C. quand. ex fact. tutor. l. 5. 7. ff. eod. l. 1. §. f. quod juſſ. l. 4. de re jud.* hinc executio in bona inſtitoris fieri, vel ipſe arreſtari nequit *v.* CARPZ. *p. 1. C. 32. D. 14. C. 30. D. 11.*

§. 10. Sed, *officio finito*, neque ipſe amplius agere, neque conveniri poteſt *l. fin. de inſtit. action.* niſi proprio nomine contraxerit, quod inprimis ex objecto, cujus intuitu contractus celebratus eſt, judicandum videtur *v.* CARPZ. *p. 1. Dec. 10. l. 4. Rſp. 80.* aut in ſpecie fidem ſuam adſtrinxerit *l. 67. de procur. l. 3. §. 2. de admin. rer. ad civit. pertin. l. 5. quand. ex fact. tut. l. 15. C. de admin. tutor.* vel fines præpoſitionis exceſſerit *l. 43. §. 1. de admin. tutor.* nam omnibus hiſce caſibus non ut inſtitor, ſed ut ſuo nomine contrahens, conſideratur. Quodſi inſtitor, ſive durante, ſive finito officio, de ſuo ſolverit, non à Creditore id repetere poteſt, ſed dominum repoſcere debet *l. 6. 44. de condict. indebit.*

§. 11. Ulterius ex contractu inſtitoris, ipſe præponens etiam conveniri poteſt ob conſenſum, nam hoc æquitas exigit, quam contra ſummi juris injuſtitiam *v.* §. 10. *I. de action. l. 3. C. ne uxor. pro mar. in fin.* apud Romanos aſſeruit Prætor *l. 1. 5. §. 12. l. 14. 15. 17. pr. de inſtit. action.* Eſt autem actio, quæ contra præponentem inſtituitur, illa ipſa, quæ ex contractu inſtitoris deſcendit, emti, locati, ex mutuo &c. & datur in ſolidum, quia in ſolidum præponens conſenſit: Si plures præpoſuerint, ut correi debendi obligantur *l. 13. §. f. l. 14. de inſtit. action.* quod tamen non ubique obſervatur *v.* VINN. *ad §. 2. I. quod cum eo qui n. 2.* OBSERV. LAUTERB. *Obſ. 412.*

§. 12. Non

§. 12. Non minus etiam præponens, ex contractu institoris, contra debitores, agere potest, nam non tantum ratione oneris, sed & commodi, in ejus contractus, consensit. Jure Romano quidem actio ei negari videtur *l.* 1. *de instit. act.* sed cum domino ex contractu Procuratoris, detur actio *l.* 13. §. 25. *de A. E. V.* ideo præponenti non tam actionem negasse, quam potius de nomine actionis disputasse, aut per otiosas ambages incessisse censendi sunt Romani. Imo nonnulli actionem diserte concedunt *l.* 1. *in fin. l.* 2. *de instit. action.* Non putem igitur, tricarum, ab æquitate abeuntium, aliquam habendam esse rationem *conf.* LAUTERB. *C. J. de instit. action.*

§. 13. Porro contingit (II.) *ut quis alium negotiationi maritimæ præponat*, circa quem casum, tria illa §. 3. laudata, etiam spectari possunt, & sunt ejus eadem fere jura, quæ præcedentis, hinc in plerisque, nuda remissione nobis defungi licebit. Is qui præponit, *Exercitor* dicitur, ad quem obventiones & reditus pertinent *l.* 1. §. 15. *de exerc. action.* ille vero, qui præponitur, *magister navis* audit, cui totius navis cura commissa est *l.* 1. *pr.* §. 1. *eod.*

§. 14. Constituitur Magister navis mutuo consensu, & obtinent dicta §. 4. Quoad præponentes etiam repetenda, quæ §. 5. diximus *v. l.* 1. §. 16. *de exerc. action.* hoc tamen singulare est, quod magister navis alium substituere possit, licet exercitor prohibuerit *l.* 1. §. 5. *eod.* quod ubique forte non observatur. Circa personas præponendas itidem doctrina §. 6. recurrit *v. l.* 1. §. 4. *de exerc. action.* Constituuntur magistri navium, intuitu negationum maritimarum, quo nomine, hic casus à præcedente distingvitur *v. l.* 1 *pr. eod.*

§. 15. Circa contractus magistri navis requiritur, ut, juxta voluntatem exercitoris, sint celebrati, & obtinent ea, quæ §. 7. 8 diximus. Debet scilicet (1.) esse contractum (2.) cum magistro navis *l.* 1. §. 2. *de exerc. action.* (3.) de rebus, quibus præpositus est, & secundum præpositionis legem *l.* 1. §. 7. 12. 13. 14. *eod.* commissa tamen etiam illa censentur, quæ ad executionem negotiationis necessaria & utilia sunt *l.* 1. §. 8. 9. 11. *l. fin. de exerc. action. v. l.* 2. *de jurisdict. l.* 56. 62. *de procur.*

§. 16. Ex contractibus initis, magister navis, agere & conveniri potest, ad effectus §. 9. 10. memoratos *v. l.* 1. §. 17. 24. *de exerc. act.*

Non minus etiam exercitor ex illis obligatur, secundum dicta §.11. plures exercitores, ut correi debendi, tenentur *l. 1. § f. l. 4. §. 1. 4. eod.* Sed uti actus humani non semper eodem modo explicantur *v. d. l. 4. pr.* ita, apud nonnullas gentes, exercitores saltem pro rata, nec ultra pretium navis, & eorum, quæ in ea continentur, obligantur *v.* GROT. *de J. B. P. l. 2. c. 11. n. 13.* Denique exercitor, ex contractu Magistri navis, etiam agere potest, juxta §. 12. doctrinam *v. l. 1. §. 18. de exerc. act. junct. l. 1. §. 11 de offic. præf. urb.* conf. LAUTERB. *C. J. de exerc. act.* DN. D. BARTH. *dissert de Magistr. nav. hab. Lips. 1694.*

§. 17. Accidit in vita civili (III.) ut *quis in alterius contractum specialiter consentiat.* Hoc ut penitius intelligatur, quadruplex consensus forma notari debet. Nam aliquando quis (1.) *alterius saltem ministerio utitur;* hoc casu non datur consensus in alienum contractum, sed mandans solus, per alium, simpliciter contrahit, hinc ad ipsum etiam unicè contractus pertinet, illeque solus exinde agere & conveniri potest *l. fin. quod juss. l. 4. C. quod cum eo qui l. 15. de constit. pecun.* Aliquando quis (2.) *ei, cum quo alius, nomine ejus, contracturus est, mandat, ut contractum ineat;* hoc casu consensus involvit proprium contractum mandati, cum extraneo celebratum *l. 8. C. mand.* & approbationem contractus alieni *l. 1. §. 1. 3. l. 3. quod juss. l. 8. C. quod cum eo* hinc contrahens, prout visum est, contra mandantem, vel ex ejus proprio, vel alieno contractu, agere potest.

§. 18. Aliquando (3.) *quis, animo contrahendi, mandat alicui, ut ipsius nomine, cum alio contrahat;* Hoc casu, consensus involvit proprium contractum mandati, cum procuratore initum, & approbationem contractus alieni: Hinc non tantum inter mandantem & mandatarium mutua nascitur obligatio, sed & mandans, ex contractu alieno, agere & conveniri potest *l. 13. §. 25. de A. E. V.* Denique aliquando quis (4.) *sine animo contrahendi, aliquem jubet, suo nomine, cum alio contrahere;* hoc casu, consensus saltem involvit approbationem contractus alieni, illeque præcipue, quoad dominos & servos, Patres & filiosfam. inter quos contractus regulariter non est, apud Romanos occurrebat, quod liberam personam verò tum occurrere videtur, quando ejus contractus ratihabentur *v. l. 7. §. 1. C. quod cum eo.*

§. 19. Huc pertinet triplex posterior, inprimis vero ultima consen-

ſentiendi ratio, & nihil refert, ſive conſenſus antecedat negotium ſuſcipiendum *v. l. 25. §. 4. de A. O. H.* ſive illud concomitetur, aut ſequatur *l. 1. §. 1. 6. quod juſſ.* nihil quoque intereſt, ſive expreſſe, ſive tacitè conſentiatur *d. l.* 1. §. 1. hinc ſi chirographo filii Pater ſubſcribat, in contractum ejus cenſetur conſenſiſſe. Nuda tamen ſcientia Patris *l. 8. §. 15. quib. mod. pign. ſolv.* vel commendatio filii, conſenſum non infert *l. fin. C. quod cum eo* nec fidejuſſio pro eo facta *l. 1. §. 5. quod juſſ.* cujus tamen obſervationis exiguus hodie videtur eſſe uſus. Denique nihil intereſt, ſive ipſe dominus, ſive is, qui ejus vices ſuſtinet, ut tutor vel curator, conſentiat *l. 1. §. f. l. 2. quod juſſ.*

§. 20. Poſito igitur conſenſu, conſentiens, ex contractu inito, obligatur in ſolidum, modo contrahens mandatum non exceſſerit *l. 3. quod juſſ.* Inſtituitur igitur, illa ipſa actio, quæ ex contractu deſcendit, puta emti, locati, ex mutuo &c. contra conſentientem, quam hæredibus & contra hæredes etiam dari, ex generalibus principiis, manifeſtum eſt. Quodſi tamen mandatum, re integra, revocetur *l. 1. §. 2. quod juſſ.* aut jubens moriatur *v. l. 50. de A. O. H.* & is, cum quo contractus celebrandus eſt, id ſciat, tum mandans amplius conveniri nequit. Poterit etiam conſentiens, ex contractu, ſuo conſenſu, inito, contra extraneum agere *l. 13. §. 25. de A. E. V.* de quo tamen non adeo quæritur, cum utplurimum hic contractum à ſua parte ſtatim impleat. *conf.* LAUTERB. *C. J. quod juſſ.*

§. 21. Apud Romanos (IV.) *Domini & patres, ſervis & filiisfam. peculium aliquod concedebant v. l. 4 pr. l. 5. §. f. l. 8. l. 46. de pecul. l. 7. pr. de donat.* quo ipſo, in eorum contractus, pro ratione quantitatis conceſſæ, conſentiebant, ſed ita, ut, quod poſtea perſonis, ſuæ poteſtati ſubjectis, credidiſſent, prius poſſent deducere *l. 5. §. fin l. 2. §. 2. ſeqq. de pecul. §. 4. in fin. I. quod cum eo qui.* Ex contractibus ergò ſervorum & filiorumfam. domini & Patres conveniebantur illis ipſis actionibus, quæ ex contractibus deſcendebant, quæ tamen aliquando in ſolidum competebant, aliquando minus ſolido perſequebantur, pro diverſo ſcilicet peculii habitu §. 38. *I. de action.* Quodſi ſoluta eſſet dominica vel patria poteſtas, fundamentum imputationis ceſſabat, non tamen ſtatim; ſed intra annum agi poterat *l. 1. 2. 3. quand. de pecul. act. annal. add.* OBSERV. LAUTERB. *Obſ. 435. ſeqq.*

§. 22. Si vero (V.) *domini & Patres peculium non tantum concederent, sed &, personas sibi subjectas, in eodem, negotiari scirent*, tum eatenus consentiebant, ut id, quod postea crediderant, deducere non possent *l. 1. pr. §. 2. 3. de tribut. action. §. 5. I. quod cum eo qui.* Poterant igitur ex contractibus conveniri, ut inter se, & creditores, non totum peculium, sed mercem peculiarem, in qua personæ subjectæ erant negotiatæ, dividerent *l. 11. de tributor. action.* ac divisionem inæqualiter factam emendarent *l. 7. §. 2. l. fin. cod.* *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 424. seqq.*

§. 23. Erat igitur hoc casu, dominorum & Patrum consensus in eo largior, quod privilegium deductionis excluderet, at in eo erat restrictus, quod non ad totum peculium, ut in casu §. *21.* sed ad mercem saltem peculiarem, in qua negotiatio instituta, pertineret. Debebant igitur Creditores, prout hoc rebus suis expedire videbatur, nunc illum, nunc hunc consensum urgere *l. 11. de tribut. action. §. 5. I. quod cum eo qui.*

§. 24. Licet vero illa omnia, ex principiis naturalibus, resultent, attamen cum hodie mancipia non habeamus, aut certe illis pecula concedere non soleamus: Liberi vero, seorsim habitantes vel negotiantes, sint sui juris, nec adeo prolixiora pecula profectitia, quoad eos, occurrant, ideo uterque casus, proxime expositus, in foro nostro est incognitus; Quodsi tamen aliquando Patri visum sit, filium in potestate retentum, prolixiori peculio instruere, tum jura memorata, locum adhuc habebunt, sed ille casus erit rarissimus.

§. 25. Denique accidere potest (VI.) *ut quis in alterius utilitatem contrahat*, qui casus, intuitu dominorum & servorum, nec non Patrum & filiorumfam. apud Romanos, potissimum quidem expenditur *tot. tit. de in rem vers.* attamen quoad personas liberas, res aliorum administrantes, non raro quoque occurrit *v. l. 27. de R. C. l. 1. C. si res alien. pign. dat.* Posita igitur & probata versione *l. 7. C. quod cum eo qui. §. 5. I. eod. auth. hoc jus in fin. C. de SS. Eccles.* is, qui utilitatem accepit, ex contractu alterius, eatenus tenetur, quatenus commodum inde sensit *l. 3. §. 1. seqq. l. 5. pr. §. 2. l. 10. §. 4. l. 17. §. 1. de in rem vers. l. 51. in fin. de pecul. Decis. Saxon.* 16. CARPZ. *p. 2. C. 6. D. 19.*

§. 26. Quodsi

§. 26. Quodsi in alterius utilitatem res quidem accepta sit, casus verò actualem versionem impediverit, nihilominus ille tenetur *l. 3. §. 7. 8. l. 17. pr. de in rem vers.* vid. *l. 3. §. 2. eod. l. 10. §. 1. l. 12. §. 2. de N. G. l. 4. C. mandat.* Si tamen duorum, in alterius utilitatem contrahentium, intentionem casus eludat, is, cui commodum destinabatur, uni saltem obligatur *l. 3. §. f. l. 4. de in rem vers.* Si verò accipiens, pecuniam male consumat, dominus non tenetur *l. 3. §. 9. eod.* Quæ ad voluptatem pertinent, ex rationibus utilitatis peti nequeunt, nisi domini consensus accesserit *l. 3. §. 4. 6. de in rem vers. l. 27. pr. in fin. de N. G.* Si dominus id, quod in ejus utilitatem versum erat, bona fide restituat administratori, amplius non tenetur *l. 10. §. 6. de in rem vers.*

§. 27. De cætero actio, quæ ob versionem instituitur, est illa ipsa, quæ ex contractu, in alterius utilitatem inito, descendit, v. gr. condictio ex mutuo *l. 27. de R. C.* Hinc, eam hæredibus & in hæredes dari, ultro liquet *l. 1. pr. de in rem vers. l. 7. C. quod cum eo.* Fidejussor tamen, qui pro filiofam. in Patris utilitatem contrahente, se obligavit, ac Creditori solvit, ob collatam utilitatem, contra patrem agere non posse censetur *l. 18. de in rem vers. v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 438. seqq.*

§. 28. Ex dictis facile intelligi potest, quomodo casus negotiorum gestorum, à præsente casu, collatæ utilitatis, differat? Nimirum ibi utilitas, sine contractu, immediate alicui confertur, hic vero contractûs, cum alio initi, utilitas, in alium redundat; ibi ergo est actio negotiorum gestorum, hic, actio ex contractu descendens, emti, mutui &c. ibi ille solus tenetur, qui utilitatem accepit, hic autem & contrahens, & is, in cujus emolumentum contractus cessit, conveniri potest. *conf.* THOMAS. *in not. ad* HUBER. *posit. I. quod cum eo qui n. 24. add.* LAUTERB. *C J. de in rem vers.*

§. 29. Quoad imputandi fundamenta, hactenus explicata, id adhuc observandum, quod nonnunquam plura, circa eundem contractum concurrant, adeoque *electioni* locum faciant. Finge dominum tabernæ suæ præposuisse institorem, eumque jussisse accipere pecuniam mutuam, hancque, in domini utilitatem, esse versam, hic triplex imputandi fundamentum adest, adeoque creditor, condictionem ex mutuo instituens, vel præpositionem, vel jussum specialem, vel versionem allegare poterit. Sed prudentia exigit, ut illud fundamentum urgeat,

geat, quod pleniſſimum & probatu facillimum eſt, quo pertinet doctrina §. 5. *l. quod cum eo qui.*

§. 30. Aliquando plura imputandi fundamenta *cumulative* concurrunt, ſive iis conjunctim utendum eſt. E. gr. Pater juſſit filium mutuari centum, hic ducenta accepit, Creditor, ex mutuo agens, centum petere poteſt ob conſenſum, ſed quoad reliqua centum, verſio urgenda eſt, & eatenus aliquid conſequitur, quatenus verſionem probare poteſt. In una ergo actione duplex, eaque diverſa, eſt condemnatio, propter diverſum imputandi fundamentum, quod recte quidem, ſed minus perſpicue, docetur §. 4. *l. quod cum eo qui. v.* OBSERV. LAUTERB. *Obſ.* 443.

§. 31. Quoad contractus, à filiisfam. celebratos, generaliter quoque notandum, quod illi, velut *miniſtri*, vel ut *præpoſiti*, vel *ſuo nomine* contrahant. *Illo* caſu plane non tenentur *l. 4. C. quod cum eo qui; Iſto* verô, durante ſaltem officio, conveniri poſſunt *v. §. 9.* 10. *h.* ut hæredes tamen Patris, etiam depoſito officio, ſine dubio obligantur. *Hoc* denique, ſimpliciter obſtringuntur *l. 39. de O. & A. l. 57. de judic. l. 3. §. 4. de minor.* & quidem in ſolidum *l.* 44. *de pecul.* executio tamen differenda eſt, quamdiu in poteſtate Patris exiſtit filius, & nihil proprii habet *l. 5. pr. quod cum eo qui.*

§. 32. Quia verô filius, intuitu hæreditatis paternæ, cenſetur contraxiſſe, ideo ſi exinde nihil aut parum acceperit, convento datur beneficium competentiæ *l. 2. l. 4. pr. §. 3. l. 7. quod cum eo qui l. 2. C. eod. v. l. 30. de re jud. l. 173. de R. J.* Excludunt tamen illud (1.) dolus filiifam. *l. 4. §. 1. 2. l. 6. quod cum eo qui l. 22. §. 1. de re jud. l. 37. in fin. de minor. l. 21. §. fin. de action. rer. amot. l. 52. de re jud.* (2.) ſpecialis renunciatio *l. 41. de minor. l. pen. C. de pact.* (3.) propriæ facultates, quæ vel ſtatim adſunt, vel temporis ſucceſſu, acquiruntur *l. 4. §. 4. quod cum eo qui vid.* LAUTERB. *C. J. d. t.* Quæ jura hodie quoque valere videntur *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obſ. 426. ſeqq.*

§. 33. Jure Romano, quoad ſingulos caſus, hactenus expoſitos, peculiaria actionum nomina, nempe *inſtitoriæ, exercitoriæ, quod juſſu, de peculio, tributoriæ* & *de in rem verſo*, laudantur. Quæ etiam retineri poſſunt, modo id, quod res eſt, pro certo ſupponatur, nempe non novas & peculiares actiones, ſed nova ſaltem actionum, ex contractibus media-

mediatis descendentium, nomina proponi. Sed vulgo sane, in alium sensum ista accipiuntur, quasi scilicet novæ & peculiares actiones, sub istis nominibus, lateanr, hinc innotuerunt *actiones adjectitiæ qualitatis*, de quarum *indole, fundamento* & *concursu* multa suaviter disputantur.

§. 34. Perinde hoc est, ac si hominem, nova veste indutum, plane alium credere velis, ex quo præjudicio falsa consectaria non possunt non fluere: Nominibus illis non novas, sed ipsas, quæ ex contractibus mediatis descendunt, actiones signari, in præcedentibus satis probatum est: Cum igitur nominum illorum nulla sit necessitas, præterea illa à solida cognitione abducant, ac mentibus, Tironum præcipue, glaucomata velut objiciant, rectius illa negliguntur quam conservantur *v. l. 1. c. 16. §. 24.* maximè cum, ex inepto jure stricto, originem habeant, ac ipsis Romanis tandem otiosa fuerint visa. *§. fin. I. quod cum eo l. 29. de R. C. l. 17. §. fin. de instit. action. l. fin. pro soc.*

CAPUT XX.

DE LÆSIONE IN CONTRACTIBUS ONEROSIS EMENDANDA.

SUMMARIA.

In contractibus onerosis inæqualitas tolli debet §. 1.

Ob læsionem aliquando contractus est nullus, aliquando illa saltem emendanda §. 2.

De vitiis rerum est edictum ædilitium §. 3.

Læsionis æstimatio ex tempore, quantitate & qualitate vitii §. 4. 5.

Jure Saxonico tria equorum vitia tantum attenduntur §. 6.

Læsio ex conditione rei venditæ aliisque circumstantiis quoque æstimatur §. 7.

Ob læsionem datur actio redhibitoria §. 8. 9.

Et æstimatoria §. 10.

Quæ sunt ipsæ actiones ex contractu oneroso §. 11

Ob læsionem in pretio datur remedium ex l. 2. C. rescind. vend. §. 12. 13.

Quod per modum exceptionis & actionis proponitur §. 14.

Successu temporis ad certam læsionem fuit restrictum §. 15.

Epicrisis de moralitate hujus sanctionis §. 16.

Remedium hoc requirit læsionem §. 17.

Quæ cessat in consentiente §. 18. 19.

Et quidem enormem §. 20.

Vel enormissimam §. 21.

Datur querela læso, contra lædentem, non tertium §. 22.

Ac habet locum in omni contractu oneroso §. 23.

Lædenti datur electio ex communi sententia §. 24.

Sed ille potius obligatur ad læsionis emendationem, contractus vero, utriusque voluntate, potest rescindi §. 25. 26.

Emtoris §. 27.

Et venditoris lædentis officium §. 28. 29.

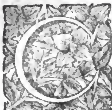
Rescissio contractus magistratui, qui ejus occasione aliquid accepit, non obest §. 30.

Si res restitui nequeat, emtor lædens pretium præcise supplere tenetur §. 31. 32.

Sicut venditor excessum restituere §. 33.

Querelæ hujus forum & contraria §. 34.

§. 1.



Contractus onerosos requirere æqualitatem, ex ipsorum natura manifestum est. Interveniens igitur inæqualitas læsionem parit, quæ, ex juris naturalis præscripto, emendari debet. Licet vero hujus rigor, in foro civili, non semper observetur, attamen ejus dictamina non plane negliguntur, hinc non infrequens, de emendanda læsione, est quæstio. Tetigimus hac de re nonnulla *c. 2. §. 31. seqq. c. 3. §. 9. seqq.* Hoc loco de læsione, quæ ex vitiis rerum, & pretii inæqualitate oritur, breviter agemus, quod jam admonitum est *d. c. 3. §. 9.*

§. 2. In genere autem, quoad læsionem, observandum, quod vel *contractum nullum faciat*, vel saltem *obligationem, ad damnum resarciendum operetur.* Illo casu, in arbitrio læsi est, utrum à contractu plane discedere, an læsionis emendationem petere velit. Hoc vero, hæc petenda, & in subsidium contractus rescissio urgenda est, lædentis igitur, re integra, est electio *v.* CARPZ. *p. 2. C. 34. D. 7.* de cætero ista diversitas, ex diverso contrahendi modo resultat *add.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 440.* Illud quoque observandum, quod remediorum, quibus vel contractus evertitur, vel læsionis emendatio petitur, diversa sit duratio, id quod omne, in casibus singulis, specialius cognoscendum est.

§. 3. Quod attinet læsionem, quæ ex vitiis rerum oritur, ejus emendandæ cura, apud Romanos, ad Ædiles pertinuit, hinc *Edictum ædilitium*, hoc nomine, innotuit, in quo nihil aliud fere, quam decreta naturalia, de omittenda læsione, damno resarciendo, ac fide servanda, Ædiles proposuerunt. Pertinet verò illud Edictum ad mancipia *l. 1. de ædil. edict.* jumenta *l. 38. pr. §. 5. eod.* aliasque res, mobiles & immobiles *l. 1. pr. l. 49 63. ff. l. 4. C. eod.* principales & accessorias *l. 31. §. f. l. 32. 33. eod.* quatenus illa in contractus onerosos, emtionem *l. 38. pr. §. 5. de ædilit. edict.* add. *l. 1. §. 3. 4. eod.* permutationem, dationem in solutum *l. 19. §. 5. eod. junct. l. 9. C. de rescind. vendit.* divisionem *l. 20. §. 3. fam. ercisc. l. 1. C. comm. utri. jud.* deducuntur. Ad donationem regulariter non pertinet edictum *l. 62. de ædilit. edict.* nec ad locationem *l. 63. eod.* quia hujus cura ad Ædiles non spectavit.

§. 4. Quod-

§. 4. Quodsi adeo, contra æquitatem & edictum, læsio interveniat, læso *actionibus ædilitiis*, quas vocant, succurritur. Æstimatur autem læsio (1.) ex *tempore contractus*, nam, de supervenientibus vitiis, respondendum non est *l. 54. de ædilit. edict. l. 3. C. eod.* CARPZ. *p. 2. C. 34. D. 18.* (2.) ex *quantitate*, hinc exiguæ læsionis nulla habetur ratio *l. 48. §. fin. de ædilit. edict. l. 54. de C. E. V. v.* CUJAC. *16. O. 10.* BACHOV. *V. 2. D. 2. th. 12. lit. b.* RÆVARD. *Conject. l. 1. c. 12.* gravior vero læsio emendanda est *l. 1. §. 8. l. 4. §. fin. l. 10. §. 2. de ædil. edict.*

§. 5. Porro æstimatur (3.) ex *qualitate vitii*, hinc, in mancipiis & jumentis, vitia corporis, non animi, regulariter considerantur, hæc enim facile emendari possunt *l. 1. §. 8. seqq. l. 4. §. 1. seqq. l. 6. §. 2. l. 7. eod.* aliquando tamen etiam vitium animi, læsionem involvit tam quoad mancipia *l. 4. §. 3. eod.* quam jumenta *l. 43. eod.* Vitia quoque latentia huc saltem pertinent, de apertis venditor non tenetur *l. 1. §. 6. l. 14. §. fin. l. 55. de ædil. edict. l. 43. de C. E. V. v.* COLER *Decis. 228. n. 6.* CARPZ. *p. 2. C. 34. D. 16.*

§. 6. Jure Saxonico, in venditione equorum, de tribus vitiis, venditor regulariter saltem tenetur (1.) si equus retrogradus, *wenns stetig* (2.) cæcitate latente laboret, *staarblind* & (3.) pituitosus sit, *hartschlegig ist* WEICHBILD *art. 97.* quod ultimum male vulgò pro æquo scabioso, *haarschlechtig*, accipitur *v.* CARPZ. *p. 2. C. 34. D. 17.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 678.* Quodsi tamen venditor alia vitia dolose dissimulaverit, aut plus promiserit, de cæteris quoque tenetur *v.* STRUV. *S. J. C. exerc. 27. §. 5.*

§. 7. Non minus etiam læsio æstimatur (4.) ex *conditione rei venditæ*, v. gr. num servus venditus, veterator an novicius sit *l. 37. l. fin. §. 2. de ædilit. edict.* aut hujus vel illius nationis *l. 31. §. 21. eod.* (5.) ex *omissa certioratione*, quoad ea scilicet, quæ aperta non sunt *l. 1. §. 2. l. 14. §. 9. l. 32. 33. 38. eod.* (6.) ex *fide non impleta*, modo serio quid promissum *l. 1. §. 1. l. 19. l. 38. pr. §. 10. 11. cod. l. 43. de C. E. V.* (7.) ex *omissa cautione*, quam edictum requirit *l. 28. de ædilit. edict. l. 31. de evict.* (8.) *ex displicentia*, si hoc actum sit *l. 31. §. 22. de ædilit. edict.*

§. 8. Posita igitur læsione, datur *actio redhibitoria*, quæ est *actio personalis, qua læsi agunt contra lædentes ad rem, restituto pretio, recipiendam.* Datur læsis & hæredibus *l. 48. §. 5. l. 31. §. 5. de ædil. edict.* adversus lædentes & hæredes *l. 23. §. 5. l. 31. §. 10. l. 44. §. 1. l. 48. §. 5. eod.*

ad hoc, ut lædens pretium cum uſuris & ſumtibus, ejus voluntate factis, reſtituat *l. 27. 29. §. 2. eod.* ac rem vitioſam cum fructibus & acceſſionibus recipiat *l. 21. 60. 31. §. 19. eod.* ſi ſciverit vitium, etiam intereſſe præſtat *l. 13. pr. de A. E. V.* ob contumaciam ſolvit duplum *l. 45. de ædilit. edict.* quod hodie non obtinet, cum ex veteri proceſſu formulario fluat.

§. 9. Quodſi plures res ſimul venierint, ac una ſit vitioſa, tum pro diverſitate modi contrahendi aliarumque circumſtantiarum, modo omnium, modo unius ſaltem redhibitio locum habebit *l. 34. 35. 38. §. fin. l. 39. de ædilit. edict.* Competit autem actio intra ſex menſes *l. 2. C. de ædilit. action. l. 19. §. fin. de ædilit. edict.* ob cautionem verò denegatam, vel ornamenta non præſtita, ſaltem intra duos menſes inſtitui poteſt *l. 28. 38. pr. eod.* Si res reſtituta ſit, nec pretium redditum, emtor actione in factum id exigit *l. 31. §. 17. eod.* quæ perpetua eſt, cum contractum non impugnet, ſed de indemnitate ſolum ſit ſollicita.

§. 10. Datur etiam *actio æſtimatoria* ſeu *quanti minoris*, quæ eſt *actio perſonalis, qua emtor agit contra venditorem, ut tantum de pretio reſtituat, quanti minoris, ſi ſciviſſet vitium, emiſſet l. 61. de ædil. edict.* Præſcribitur regulariter anno utili, à die ſcientiæ, computando *l. 19. §. f. ff. l. 2. C. eod.* aliquando ſex menſibus *l. 28. eod.* concurrunt actio redhibitoria & æſtimatoria elective *l. 25. §. 1. de except. rei jud.* aliquando etiam hæc in illam *d. l. 25. §. 1. l. 43. §. 6. de ædil. edict.* & illa in hanc degenerat *l. 31. pr. eod.* Ob diverſa vitia, actio æſtimatoria ſæpius poteſt inſtitui *l. 48. §. 7. eod. v.* OBSERV. LAUTERB *Obſ.* 679.

§. 11. De cætero actiones ædilitiæ, ſunt ipſæ actiones, quæ ex contractibus oneroſis deſcendunt, quod ipſis etiam Romanis ſatis ſuboluit *v. l. 6. §. 1. de C. E. V. l. 11. §. 5. l. 13. pr. de A. E. V. l. 19. §. 2. l. 51. de ædilit. edict.* Idem dicendum puto de actione in factum, de qua in *l. 31. §. 17. de ædilit. edict.* Nova illa nomina, ex ſuperſtitione fori Romani, ſaltem invaluerunt, iisque vel carere, vel promiſcue, cum nominibus actionum conſvetis, uti poſſumus *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obſ.* 677. 680. *add.* LAUTERB. *C. J. de ædilit. edict. v.* STRUV. *S. J. C. exerc. 27. §. 1. ſeqq.*

§. 12. Poſtea conſideranda eſt læſio, quæ ex inæqualitate pretii oritur *v. §. 1. h.* Hanc etiam, ex præſcripto juris naturalis, eſſe emen-

dan-

dandam, certum est, sed ejus rigor in foro civili non observatur, verum emendatione levioris læsionis cujusvis conscientiæ relicta, ob enormem saltem læsis succurritur, quo pertinet decantatum *Remedium l. 2. C. de rescind. vendit.* quo *quis, ob enormem læsionem, ex rei valore contingentem, petit, ut læsio resarciatur, vel, si fieri queat, negotium plane rescindatur.*

§. 13. Præsupponit adeo hoc remedium læsionem, ex sola pretii inæqualitate resultantem, remoto dolo, & cæteris requisitis recte se habentibus: nam si dolus interveniat, aut læsio ex alia causa oriatur, ob minorem quoque agi potest, hinc etiam hoc remedium, aliis actionibus, ob deceptionem, aut requisitorum necessariorum defectum, competentibus, haut derogavit, circa quod alias dubius fui *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs.* 680. *in fin.* De cætero casus hujus læsionis rarius fortassis existit, dabilis tamen omnino videtur, aut saltem pro tali, communi sententia, habetur.

§. 14. Proponitur autem hoc remedium, pro casuum diversitate, vel per modum *exceptionis vid. l. 1. §. 4. de superfic. l. 156. §. 1. de R. J.* vel *actionis*, & est quidem ipsa actio, ex contractu oneroso, v. gr. emti, descendens, nam præter intentionem principalem, læsionis emendationem, vel etiam contractus rescissionem, recte actionibus consvetis exigimus *v. l. 31. §. 20. de ædil. edict. l. 11. §. 3. 5. de A. E. V.* ut non opus sit, de nomine actionis, multa tricari. De cætero læsio, ex pretii inæqualitate, resultans, non facit contractum nullum, nec læso dat facultatem ab eo discedendi, sed saltem ei jus largitur petendi læsionis emendationem, &, in subsidium, contractus rescissionem, nam contractum libera voluntate iniit, adeoque ab eo, sua sponte, discedere nequit *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs.* 540.

§. 15. Juxta rigorem juris naturalis, quævis læsio, ex pretii inæqualitate, eveniens, emendari debet, sed uti, ob pretiorum incertitudinem, in foro civili minima attendi non possunt *v. l. 16. §. 4. de minor. l. 22. §. f. l. 23. locat. l. 54. de C. E. V.* ita nihilominus jure civili, ista res, ex æquo & bono olim decisa, & læsionis, quæ alicujus momenti fuit, ratio habita fuisse videtur, hoc enim omnia illa persvadent, quæ de læsionis, ex vitiis rerum resultantis emendatione, Romani constituerunt, quæque tum proxime, in §§. præcedentibus, tum *c. 2. 3. h.* retulimus *v. l. 2.*

 depos.

depos. l. 47. de evict. l. 36. de V. O. l. 6. §. 2. l. 12. §. 1. de jur. dot. l. 38. fam. ercisc. l. 61. de ædilit. edict. l. 3. C. ex quib. caus. l. 3. C. comm. utri. judic. l. 14. C. de usur. Tandem vero terminus statutus est, ut in læsionibus enormibus saltem læsis succurrendum sit *l. 2. C. de rescind. vendit. c. 3. 6. X. de emt. vendit.*

§. 16. Remedium ita formatum, *æquum* dici potest *l. 2. C. de rescind. vendit.* quatenus damni restitutionem persequitur; à nonnullis tamen *tyrannicum* vocatur *v.* LAUTERB. *C. J. de rescind. vendit. lit. C.* quia læsionem infra dimidium subsistentem, plane negligit, & licet hoc prædicatum forte nimis durum sit, ab *iniquitate* tamen & *ineptitudine* non plane absolvendum videtur, dum læsionem enormem, in puncto velut consistentem, requirit. Satis igitur esset, juxta meram æquitatem, hujus generis controversias decidere; Nec metuenda erit litium multitudo, cum, propter pretiorum incertitudinem, & probandi difficultatem, non facile quis, ob quamvis læsionem modicam, actionem sit instituturus *v.* OBSERV. LAUTERB. *Observ. 541.*

§. 17. Quo autem locum habeat hæc querela, requiritur (1.) *læsio.* In hac æstimanda respiciendum est ad commune rerum pretium, non singularem hominum affectum *v. l. 33. pr. ad L. Aquil. l. 63. pr. ad L. Falcid. l. 12. C. de erogat. milit. ann.* præterea considerandus est locus rei venditæ & traditæ *v. l. fin. §. f. C. de admin. tutor.* tempus quoque contractus spectandum *l. 8. C. in fin. de rescind. vendit. l. 3. §. 5. de jur. fisc. l. fin. §. f. C. de admin. tutor.* CARPZ. *p. 2. C. 34. D. 6.* nam pretia pro ratione temporum & locorum esse diversa, notum est *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 543. 544.*

§. 18. Deinde considerandum est, annon læsus in læsionem consenserit. Cessat igitur querela, si quis donationis causa vendiderit *l. 38. de C. E. V. l. 6. 7. C. de condict. ob caus. dat. v.* CARPZ. *p. 2. C. 34. D. 3. n. 2. 3.* RICHTER *Dec. 99. n. 128.* Cujus rei exemplum est in testatore, qui rem aliquam, certo pretio, certæ personæ vendi, vel ab ea emi mandavit. Porro cessat, si sciens verum rei pretium, minoris vel majoris vendat aut emat, nam & hic donât *l. 53. 145. de R. J. l. 1. §. 5. de injur.* CARPZ. *d. l. n. 4.* RICHTER *d. l. n. 66.* Scientia tamen probari debet, cum sit facti, ac præsumtio, quæ pro ea militat *l. 15. C. de rescind. vendit.* alia præsumtione, à pretiorum incertitudine, & donandi raritate *v. l. 25. pr. de probat.* desumtâ, elidatur.

§. 19.

§. 19. Non minus etiam cessat, si contractus rem incertam respiciat, adeoque aleæ quid contineat, nam & eo casu consensus in læsionem adest. Locum ergo non habet querela in emtione spei *l. 8. §. 1. de C.E.V.* in partibus metallicis, quæ mox divites proventus ferunt, aut, cum opulentæ essent, desinunt *v.* RICHTER *d.l. n. 142.* neque propter thesaurum, in fundo emto, repertum *v. l. 3. §. 3. de A. A. P. l. 63. §. 1. de A. R. D.* neque in emtione alimentorum ad dies vitæ, si emtor statim moriatur, vel, præter votum venditoris, diu vivat, & similibus negotiis *conf.* LAUTERB. *C. J. de rescind. vend. lit. C.*

§. 20. Non sufficit læsio, sed (2.) *enormis* esse debet, ut scilicet quis ultra dimidium veri pretii lædatur. Venditor igitur læsus est, *si ne quidem dimidium pro eo, quod dedit, accipiat* sive, *si nec dimidia pars veri pretii soluta sit l. 2. C. de rescind. vend.* E.gr. si pro re centum digna *v. l. 47. de evict.* ne quidem 50. sed 49. vel minus venditor accipiat. Emtor verò læsus est, *si, ultra verum pretium, plus dimidio det.* E. gr. si, in casu allato, det 151. vel etiam plus, quæ verissima est computatio, nam res vendita est norma computandæ læsionis, hinc si venditor est læsus, si ne quidem ejus dimidium accepit, emtor quoque læsus dici debet, si, ultra verum pretium, plus dimidio solvit *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 542.*

§. 21. Læsio quæ dimidium longe excedit, dicitur enormissima, ea tamen contractum regulariter non facit nullum, sed læso itidem jus saltem dat, petendi damni restitutionem; si tamen quis dolo inductus sit, vel in re, quam principaliter respexit, deceptus sit (quæ duplex tamen consideratio huc non pertinet) tum læso jus, à contractu discedendi, etiam competit *v.* CARPZ. *p. 2. C. 34. D. 7.* De cætero læsio probanda est *l. 2. 19 de probat. l. 5. C. de in integr. restit.* per probos & peritos rerum æstimatores, testes, instrumenta vel delationem juramenti *v.* CARPZ. *d. l. D. 6.* RICHTER *Decis. 99. n. 152. seqq.* LAUTERB. *C. J. de rescind. vendit. lit. C.* plerumque autem illa probatio ob pretii incertitudinem difficilis est.

§. 22. Competit querela enormis læsionis, læso & hæredibus *l. 2. C. de rescind. vendit.* non etiam tertio, ob alterius læsionem, nisi ei jus sit cessum *v.* RICHTER *d. l. n. 75. sequ.* Adversus lædentem & hæredes *l. 49. de O. & A.* non etiam adversus tertium possessorem, est

cum

enim obligatio personalis *v. l. 1. §. 16. ad SCtum Trebell. l. 10. C. de rescin. vendit. l. 81. §. 1. de C. E. V. l. 15. C. de donat.* licet tertius titulo lucrativo rem acceperit, vel lædens non sit solvendo, aut læsio sit enormissima, nam ubique ratio data obtinet *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 548.* Plane ob collusionem tertius, in subsidium, tenebitur, quemadmodum etiam ejus consensus obligationem transferre potest *v. l. 94. §. 1. de Legat. 1.* & jus reale, si adsit, contra ipsum efficax est *v. l. 13. §. 1. de minor. l. 67. de C. E. V.*

§. 23. Habet locum querela in omnibus contractibus onerosis, quoties læsus, in læsionem, non consensit *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 549.* ut emtione venditione *l. 2. C. de rescind. vendit.* locatione conductione *l. 2. locat. l. 32. pr. ad L. Aquil.* CARPZ. *p. 2. C. 34. D. 10.* permutatione *l. 2. de rer. permut. l. 19. §. 5. de ædil. edict.* datione in solutum *l. fin. ex quib. caus. in possess. l. 4. C. de evict.* hæreditatis divisione *l. 20. §. 3. fam. ercisc. l. 1. C. comm. utri. jud.* CARPZ. *d. l. D. 11.* dote & dotalitio ID. *d. l. D. 14.* Non vero in transactione, quia consensum in læsionem continet, aut instar rei judicatæ est ex sententia nonnullorum *v. l. 19. 20. 23. C. de transact. l. 56. de re judic. l. 78. §. f. ad SCtum Trebell. l. 65. §. 1. de condict. in deb. l. 6. C. de jur. & fact. ignor. l. 4. C. de judic.* quia tamen illæ rationes non sunt satis certæ, ideo aliis contraria placet sententia *v.* RICHTER *Decis. 99. n. 54. seqq.* quæ in Saxonia approbata *p. 2. Const. 34. v.* LAUTERB. *C. J. de rescin. vendit. lit. S. O.*

§. 24. Ex communi interpretum sententia, lædens habet electionem, utrum læsionem emendare, an negotium rescindere velit, hinc etiam læsus alternative illa petere, & judex eo modo lædentem condemnare debet, adeo ut huic, in ipsa etiam executione, jus eligendi salvum sit *v.* CARPZ. *p. 1. C. 2. D. 8. p. 2. C. 34. D. 7.* RICHTER *Dec. 99. n. 193. seqq.* LAUTERB. *C. J. d. l. lit. O.* Sed illa nimis secure dicuntur, ac generaliter accepta, falsa sunt, falsasque pariunt consequentias.

§. 25. Contractus utriusque contrahentis voluntate est initus, hinc ejus rescindendi jus non magis competit lædenti, quam læso; Inprimis absurdum foret, si illi jus rescindendi etiam tribueretur eo casu, quo læsio ex ejus dolo vel culpa provenit. Dicendum igitur potius est, lædentem ad emendationem læsionis esse obligatum, contra-

tractum tamen, si hoc magis visum sit, utriusque voluntate, posse etiam rescindi. Hoc uti ex natura negotii manifeste fluit, ita nec aliud jure civili constitutum est: Nam in *l. 2. C. de rescind. vendit.* nihil aliud dicitur, quam quod emtor lædens possit *eligere læsionis emendationem*, vel, *venditore pretium restituente, fundum venditum reddere*, ex quo non sequitur, quod negotium voluntate lædentis, sed, quod, utriusque contrahentis consensu, possit rescindi; in quem sensum etiam accipienda decreta juris Canonici *c. 3. 6. X. de E. V.*

§. 26. Hoc posito, distingvendi sunt duo casus, vel enim *contractus in eo statu est, ut rescindi queat*, vel *ut non possit*. Illo casu, alternatio vulgo laudata admitti poterit, cum enim rescissio contractus, si fieri queat, nunquam sit displicitura læso, cum per eam controversia expedite terminetur, ideò eam vel statim petet, vel non petitam, sed ultro oblatam lubens acceptabit. Cum igitur læsi consensus hîc semper concurrat, vulgo ille haud observatus, sed res ita accepta est, quasi solo lædentis arbitrio contractus rescindi queat.

§. 27. Quando igitur, ex voluntate læsi, emtor læsionem emendare paratus est, integrum rei pretium supplere *v.* CARPZ. *p. 2. C. 34. D. 7. n. 9. 10.* si venditor, id quod ultra justum pretium accepit, restituere tenetur, usurarum, in foro civili, neutro casu ratio habetur *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 551.* Quodsi autem à contractu discedere velit emtor lædens, tum, recepto pretio, rem reddit, præteriti temporis usuras nec accipit, nec fructus perceptos venditori præstat *v. l. 2. C. de pact. inter emtor.* quod secus esset, si hic jure dominii rem vindicaret *l. 1. C. si maj. fact. alien. rat. l. 173. §. 1. de R. J. l. 38. §. 4. de usur. l. 16. de in diem addict. l. 5. de leg. comm. l. 23. §. 1. de ædilit. edict. l. 24. §. 4. de minor. l. 16. §. 1. de inoff. testam.* Juxta rigorem tamen juris naturalis, emolumentum, ex pretio & re perceptum, ad æqualitatem redigendum esset, sed ille, in foro civili, haud attenditur.

§. 28. Si venditor lædens, à contractu discedat, tum, reddito pretio, recipit rem, præteriti temporis neque usuras præstat, neque fructus accipit, nam contractus non retro, sed ex præsenti tempore resolvitur *v. l. 29. §. 2. de ædilit. edict.* æquitatis tamen temperamentum, modò adductum, hic etiam inculcari potest. Utroque autem casu, emtor expensas, in perpetuam rei utilitatem, bona fide, factas deducit *v. l. 39.*

§. fin. de minor. Utroque etiam casu pignus, ab emtore interim constitutum durat *v. l. 43. §. 8. de ædilit. edict.* nam contractus pure initus, in præjudicium creditoris, non potest resolvi: Quodsi adeo creditori non satisfiat, is pignori suo, ubicunque illud existat, incumbit.

§ 29. Si igitur venditor rem, pignore oneratam, nolit recipere, tum emtor illam liberare tenetur *v. l. 43. §. 8. de ædil. edict.* aut rescissio contractus plane non procedit: Potest tamen venditor ipse pignus luere, ac, de pretio reddendo, id, quod solvit, detrahere. Cautionem emtoris invitus venditor admittere non debet, hæc enim solum, quoad dubia, obtinet *l. 21. §. 1. de ædilit. edict.* Hæc ita obtinent in casibus præsentibus, aliud verò dicendum, si ex conventione addita contractus retro resolvatur, tum enim pignus, interim constitutum, evanescit *l. 31. de pignor. l. 4. §. 3. de in diem addict.*

§. 30. Quicquid, ob contractum initum, Magistratui, vel domino directo solutum est, v. gr. laudemium, illud læsus, rescisso contractu, neque ab eo, cui solutum est, neque à lædente, modo ejus dolus absit, repetere potest, neque enim contractus necessario rescindi debuit, hinc damnum hoc, pro voluntario haberi debet. Idem dicendum de aliis expensis, occasione contractus initi, factis. Quicquid tamen, ob pretium excedens, solutum est, id minimum ex æquitate Magistratus vel dominus directus reddere debet *v.* LAUTERB. *C. J. de rescind. vend. lit. O.* Aliud obtinet, ubi ob rei vitium, contractus rescinditur, ac expensæ, ex voluntate lædentis, sunt factæ, hæ enim læso restitui debent *l. 27. de ædil. edict. add.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 552.*

§. 31. Quodsi contractus rescindi non possit *v. §. 26.* dum scilicet res vendita vel periit, vel deterior facta, aut iterum alienata est, lædens præcise læsionem emendare tenetur. Si igitur emtor lædens rem alienaverit, aut hæc apud tertium, vel ipsum emtorem, & quidem ipsius voluntate, perierit, id quod deest justo pretio, ille supplere debet; Ratio verò non inde sumenda est, quod culpa vel mora obligationem perpetuet, sed quod, ex natura contractus, emtor ad solvendum pretium, rei venditæ æquipollens, obligetur, quicquid etiam rei ipsi accidat *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 545.*

§. 32. Re vero casu peremta, multi quidem, emtorem ad nihil tene-

teneri, existimant, sed verissimum est, quod etiam, hoc casu, ille pretium supplere teneatur, nam ejus obligatio non dependet à rei emtæ existentia, sed illa, ex contractu semel inito, resultat, ac semper durat, quicquid rei accidat, cujus periculum est emtoris: Sicut igitur hic, si rem justo pretio comparaverit, totum exsolvere cogitur, licet res emta casu perierit, ita, si viliori pretio rem emerit, ob paritatem rationis, illud quoque supplere tenetur, nec per casum, ab illa obligatione, liberatur *v.* OBSERV. LAUTERB. *Observ* 546.

§. 33. Porro venditor lædens, re casu amissa, id, quod ultra justum pretium accepit, emtori reddere debet. Idem dicendum, si emtor sua voluntate rem amiserit, nam obligatio venditoris, ad læsionem emendandam, ex ipso contractu resultans, rei interitu, vel casuali vel voluntario, non tollitur. Non obstat, *quod, si venditor rem malit recipere ac pretium reddere, emtor vero illam restituere nequeat, culpæ suæ damnum merito ferat v.* LAUTERB. *C. J. de rescind. vend. lit. P.* nam primo emtoris nulla est culpa, quia sua re potuit abuti, deinde venditor frustra provocabit ad electionem, cum nullam habeat, ceu §. 25. ostensum *add.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. Obs.* 547.

§. 34. Instituitur querela enormis læsionis in foro domicilii, ac tractatur processu ordinario RICHTER *Dec.* 99. *n.* 177. *seqq.* CARPZ. *p. 2. C. 34. D. 5. O. L. Observ.* 553. Tollunt illam (1.) renunciatio *l. p. C. de pact. l. 14. §. 9. de ædil. edict.* CARPZ. *d. l. D. 2.* RICHTER. *d. l. n. 85. seqq. O. L. Obs.* 554. (2.) Præscriptio 30. annorum *l. 3. 4. C. de præscript. 30. vel 40. ann. v. O. L. Obs.* 556. Non etiam (3.) juramentum, quo quis contractum se servaturum juravit *v. O. L. Obs.* 555. In Saxonia tamen, juramentum majoris querelam excludit *p. 2. C. 35.* Nec (4.) consensus reiteratus, nisi intuitu læsionis præsumtæ, repetitio facta sit *v.* LAUTERB. *C. J. de rescind. vend. tit. U.* 3.

CAPUT XXI.
DE EVICTIONIBUS ET USURIS.

SUMMARIA.

§. 1.



HAs duas partes, pluribus contractibus communes, hoc loco expediemus. Evictio est *rei, ab aliquo possessæ, ex meliori jure, facta ablatio.* Quia vero illud jus melius esse censetur, quod, sententia judicis, pro tali declaratur, ideo evictio, *ablatio judicialis* communiter dicitur, sed utut regulariter judicialis sententia evictionem comitetur, absolute tamen ad hanc non requiritur. Coincidit evictio cum *vindicatione*, qua vel ob dominium, vel aliud jus reale, res alteri aufertur, hæc tamen magis ad actorem, sicut illa ad reum, pertinet, nihilominus utraque utrumque litigantem includit.

§. 2. Re evicta, possessor hoc damnum, velut fatale aut voluntarium, aliquando ferre cogitur, sæpe tamen ejus restitutionem, ab alio, á quo rem accepit, petit, qui evictionem præstare, i. e. *damnum, ob rem evictam, eveniens, resarcire* debet. Fluit autem hæc obligatio vel ex *speciali pacto*, vel ex *natura contractus*, adeoque dubio procul naturalis est, jure positivo saltem confirmata v. OBSERV. LAUTERB. *Obs. 682.*

§. 3. Pa-

§. 3. Pactum est vel *mere voluntarium*, quo quis sibi quam optime, in casum evictionis, prospicere potest, modo alter in tam molestas conditiones consentiat, v. gr. ut duplum, triplum aut etiam amplius quid præstet *v. l. 56. pr. de evict.* ac eo nomine, pignore aut fidejussoribus, caveat *v. O. L. Obs.* 683. vel *Necessarium*, quod vel ex legis præcepto, vel natura contractus, ineundum est. Sic jure Romano, quoad res pretiosas, duplum, sed nuda cautione, promittendum erat *l. 37. §. 1. l. 56. pr. de evict.* adeo ut cautio actione contractus exigi posset *l. 31. §. 20. de ædil. edict.* vel etiam non præstita, ipso jure, facta censeretur *l. 2. de evict.*

§. 4. Sed hodie illa necessitas cessat, hinc regulariter nulla cautio præstari debet. Quodsi vero, in limine contractus, evictio immineat, tum vel plane à contractu disceditur, si periculum sit manifestum *v. l.* 66. *§. 1. ad SCt. Trebell. l. 8. de dol. except. l. 84. §. 5. de Legat.* 1. CARPZ. *p. 2. C. 34. D. 37.* vel, retentione pretii, aut, hoc jam soluto, actione contractus, autor, ad idoneam cautionem, compellitur CARPZ. *d. l. D. 30. seqq.* quam necessitatem ex natura negotii dependere, manifestum est.

§. 5. Licet verò nulla promissio intercesserit, tamen, ex natura contractuum onerosorum, evictio est præstanda *l. 6. C. de evict. v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 684.* Præstatur ergo (1.) in emtione venditione *l. 60. de evict. l. 11. §. 2. de A. E. V.* licet ipse emtor *l. 9. 41. §. 1. de evict.* vel venditor rem evicerit *l. 17. 18. 19. eod.* sed hic commodius, exceptione rei venditæ & traditæ repellitur *l. 1. seqq. de except. rei vend. & trad.* Venditoris, vel ejus fidejussoris hæredi, eadem exceptio obstat, si ex persona & jure defuncti, rem evincere velit *l. 1. §. 1. eod.* at si jure proprio utatur, tum, ut tertius, rem evincere potest, ut hæres vero evictionem præstare debet *l. fin. C. de evict. v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 692.*

§. 6. Cessat evictionis præstatio, si ei renunciatum sit *v.* CARPZ. *p. 2. C. 34. D. 22. n. 6. 7.* admittit tamen illa conventio quæstionem voluntatis, hinc probe considerandum, quid actum sit *l. 11. §. fin. de A. E. V. v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 685.* Renunciatur etiam evictionis præstationi tacitè, si sciens, rem certò alienam, comparaverit *l. 27. C. de evict. l. 7. C. comm. utri. judic.* CARPZ. *d. l. D. 25.* secus est, si res dubie sit aliena, hanc enim comparans, jus petendi evictionem non amittit *l. f. §. f. C. comm. de Legat. v. O. L. Obs.* 686. Cessat quoque evictionis præstatio, in venditionibus prohibitis *l. 5. C. de leg.* ac adeo in specie iis, quæ in alea fiunt *l. 2. §. 1. quar. rer. act. non dat.*

§. 7. Præstatur evictio (2.) in datione in solutum *l. 4. C. de evict. l. 24. de pign. action. l. 46. de solut. l. 8. C. de sentent. & interloc.* (3.) permutatione *l. 1. C. de rer. perm. l. 29. C. de evict.* (4.) in hæreditatis *l. 66. §. f. l. 7. C. comm. utriusque jud. l. 77. §. 8. de Legat. 2.* (5.) rei singularis divisione *l. 34. §. 1. de evict. l. 10. §. f. comm. divid.* (6.) locatione conductione *l. 9. pr. locat.* (7.) in transactione, ubi aliquid datum *l. 33. C. de transact.* secus, si transactionis causa, res controversa sit saltem dimissa CARPZ. *p. 1. C. 3. D. 26. Pr. tit. 4. art. 3. n. 13. add.* LAUTERB. *C. J. de evict. lit. C.* nam hoc casu, retinens, ob cognitam satis rei qualitatem, præstationem evictionis censetur remisisse *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 687.*

§. 8. In negotiis vere lucrativis, ac à mero alterius beneplacito dependentibus, evictio præstanda non est, nisi in specie promissa sit, aut donantis dolus intercesserit, poterat enim hic nihil dare, adeoque rationem, re evicta, regulariter postulari nequit. Aliter se res habet in negotiis lucrativis, sed quæ ad onerosa quodammodo accedunt, aut quæ ex voluntate donantis, alius exequi debuit, nam, in iis, evictio præstanda est, ut vel æqualitas conservetur, vel executor obligationi suæ satisfaciat.

§. 9. Non ergo præstatur evictio in donatione simplici, nisi ob dolum vel pactum *l. 18. §. 3. de donat. l. 62. de ædil. edict. l. 2. C. de evict.* nec in legato certæ speciei vel individui alieni *l. 45. §. 2. de Legat. 1. l. 40. de evict.* ex jure tamen testatoris, qui rem titulo oneroso comparaverat, contra autorem, recte agit legatarius, ad præstandam evictionem *l. 59. eod.* E contrario præstanda est evictio in donatione remuneratoria *l. 27. l. 34. §. 1. de donat.* CARPZ. *p. 2. C. 34. D. 24.* vel ob causam, si hæc vel jam, sine accepto æquivalente, impleta sit *v. l. 1. C. de donat. quæ sub mod. l. 7. §. 2. de pact. l. 5. §. 2. de P. V.* vel impleri debeat, ut in dote *l. 1. C. de jur. dot. v.* JUS FEUD. GERM. *c. 7. §. 23. seqq. c. 9. §. 51. seqq.* denique in legato generis, ubi hæres præstitit speciem alienam *l. 58. de evict. l. 45. §. 1. de Legat. 1. l. 29. §. 3. de Legat. 3.* aut in legato individui, quod testator scivit obligatum *l. 57. de Legat. 1.* nam illo casu, hæres voluntatem defuncti non recte est executus, hoc autem necessitatem præstandæ evictionis ei testator censetur imposuisse *add. O. L. Obs.* 688.

§. 10. Præstant evictionem autores, qui suo nomine, per negotia antea exposita, res in alios transtulerunt *l. 8. 9. 10. 16. 17. C. de evict.* eorumque hæredes *l. 9. 21. 23. C. eod. l. 62. §. 1. ff. eod. l. 4. §. f. l. 85. §. 5. l.*

l. 139. de V. O. ut & fidejussores & hæredes *l. 4. ff. l. fin. C. de evict.* Non igitur præstant evictionem creditores pignora distrahentes *l. 1. 2. C. cred. evict. pign. non deb. l. 11. §. 16. de A. E. V. l. 10. l. 12. §. 1. l. 13. de distract. pign. l. 38. ff. l. 13. C. de evict.* tutores & curatores *l. 1. C. quand. ex fact. tutor.* judex pignora distrahens *l. 50. 74. §. 1. ff. l. 13. C. de evict.* procurator *arg. l. fin. in fin. de instit. action.* In specie cautum est jure Saxonico, ne Judæi Christianis præstent evictionem *Landr. l. 3. art. 7.* quod hodie non observatur FRANSK *de evict. n. 324. 588.* BERGER *in resolut. ad* LAUTERB. *C. J. de evict.*

§. 11. Præstatur evictio omnibus illis, qui, ex causis antea memoratis, res acceperunt eorumque hæredibus *v.* FRANSK *de evict. n. 545. seqq.* quoad omnis generis res, ex titulis illis acceptas, & postea evictas. Si nomen sit venditum, evictio saltem præstatur, si non sit verum, non autem, si non sit bonum, nisi dolus aut pactum intercesserit *v. l. 4. de H. vel A. V. l. 74. §. fin. de evict.* STRUV. *S. J. C. exerc. 27. §. 23. v.* supra *c. 4. §. 10. 11.*

§. 12. Ut autem quis ad evictionem præstandam obligetur, in genere requiritur, *ne suæ obligationi satisfecerit, nec jus promissum, in alterum, transtulerit,* nam, hoc posito, manifestum est, quod ille re evicta, teneatur, nihil enim aliud intenditur, quam ut adhuc suæ obligationi satisfaciat. Quodsi autem quis *jus promissum, in alterum, revera transtulit, hic verò vel casu rem, vel culpa sua jus & rem amisit,* tum itidem liquet, quare ille nihil præstare debeat, nam obligationi suæ, ex contractu venienti, jam satisfecit *add. O. L. Obs. 689.*

§. 13. Ut igitur de hoc specialius constet, interest, utrum res *extrajudicialiter* an *judicialiter* sit evincenda. Extrajudicialis evictio hominibus quidem forensibus, incognita est, imo parum juridica videbitur, sed si tamen tertius, jus suum evidenter doceat, ac possessor, juris alieni evidentia convictus, temerariam injustamque litem omittat remque alteri concedat, tum autorem, ad præstandam evictionem, teneri, omnino arbitror, tutissimum tamen erit, autori rem hanc denunciare, quo eo magis certus reddatur, omnia bona fide esse acta, nullamque possessoris culpam intervenisse. Sed hic casus, in tanto litigandi pruritu, erit dubio procul rarissimus.

§. 14. Altero casu, evictio est præstanda, si ex jure meliori *v. l. 1. C. de*

ad hoc, ut lædens pretium cum usuris & sumtibus, ejus voluntate factis, restituat *l. 27. 29. §. 2. eod.* ac rem vitiosam cum fructibus & accessionibus recipiat *l. 21. 60. 31. §. 19. eod.* si sciverit vitium, etiam interesse præstat *l. 13. pr. de A. E. V.* ob contumaciam solvit duplum *l. 45. de ædilit. edict.* quod hodie non obtinet, cum ex veteri processu formulario fluat.

§. 9. Quodsi plures res simul venierint, ac una sit vitiosa, tum pro diversitate modi contrahendi aliarumque circumstantiarum, modo omnium, modo unius saltem redhibitio locum habebit *l. 34. 35. 38. §. fin. l. 39. de ædilit. edict.* Competit autem actio intra sex menses *l. 2. C. de ædilit. action. l. 19. §. fin. de ædilit. edict.* ob cautionem verò denegatam, vel ornamenta non præstita, saltem intra duos menses institui potest *l. 28. 38. pr. eod.* Si res restituta sit, nec pretium redditum, emtor actione in factum id exigit *l. 31. §. 17. eod.* quæ perpetua est, cum contractum non impugnet, sed de indemnitate solum sit sollicita.

§. 10. Datur etiam *actio æstimatoria* seu *quanti minoris*, quæ est *actio personalis, qua emtor agit contra venditorem, ut tantum de pretio restituat, quanti minoris, si scivisset vitium, emisset l. 61. de ædil. edict.* Præscribitur regulariter anno utili, à die scientiæ, computando *l. 19. §. f. ff. l. 2. C. eod.* aliquando sex mensibus *l. 28. eod.* concurrunt actio redhibitoria & æstimatoria electivè *l. 25. §. 1. de except. rei jud.* aliquando etiam hæc in illam *d. l. 25. §. 1. l. 43. §. 6. de ædil. edict.* & illa in hanc degenerat *l. 31. pr. eod.* Ob diversa vitia, actio æstimatoria sæpius potest institui *l. 48. §. 7. eod. v.* OBSERV. LAUTERB *Obs.* 679.

§. 11. De cætero actiones ædilitiæ, sunt ipsæ actiones, quæ ex contractibus onerosis descendunt, quod ipsis etiam Romanis satis suboluit *v. l. 6. §. 1. de C. E. V. l. 11. §. 5. l. 13. pr. de A. E. V. l. 19. §. 2. l. 51. de ædilit. edict.* Idem dicendum puto de actione in factum, de qua in *l. 31. §. 17. de ædilit. edict.* Nova illa nomina, ex superstitione fori Romani, saltem invaluerunt, iisque vel carere, vel promiscuè, cum nominibus actionum consvetis, uti possumus *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs.* 677. *680. add.* LAUTERB. *C. J. de ædilit. edict. v.* STRUV. *S. J. C. exerc. 27. §. 1. seqq.*

§. 12. Postea consideranda est læsio, quæ ex inæqualitate pretii oritur *v. §. 1. h.* Hanc etiam, ex præscripto juris naturalis, esse emendan-

dandam, certum est, sed ejus rigor in foro civili non observatur, verum emendatione levioris læsionis cujusvis conscientiæ relicta, ob enormem saltem læsis succurritur, quo pertinet decantatum *Remedium l. 2. C. de rescind. vendit.* quo *quis, ob enormem læsionem, ex rei valore contingentem, petit, ut læsio resarciatur, vel, si fieri queat, negotium plane rescindatur.*

§. 13. Præsupponit adeo hoc remedium læsionem, ex sola pretii inæqualitate resultantem, remoto dolo, & cæteris requisitis recte se habentibus: nam si dolus interveniat, aut læsio ex alia causa oriatur, ob minorem quoque agi potest, hinc etiam hoc remedium, aliis actionibus, ob deceptionem, aut requisitorum necessariorum defectum, competentibus, haut derogavit, circa quod aliàs dubius fui *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs.* 680. *in fin.* De cætero casus hujus læsionis rarius fortassis existit, dabilis tamen omnino videtur, aut saltem pro tali, communi sententia, habetur.

§. 14. Proponitur autem hoc remedium, pro casuum diversitate, vel per modum *exceptionis vid. l. 1. §. 4. de superfic. l. 156. §. 1. de R. J.* vel *actionis*, & est quidem ipsa actio, ex contractu oneroso, v. gr. emti, descendens, nam præter intentionem principalem, læsionis emendationem, vel etiam contractus rescissionem, recte actionibus consvetis exigimus *v. l. 31. §. 20. de ædil. edict. l. 11. §. 3. 5. de A. E. V.* ut non opus sit, de nomine actionis, multa tricari. De cætero læsio, ex pretii inæqualitate, resultans, non facit contractum nullum, nec læso dat facultatem ab eo discedendi, sed saltem ei jus largitur petendi læsionis emendationem, &, in subsidium, contractus rescissionem, nam contractum libera voluntate iniit, adeoque ab eo, sua sponte, discedere nequit *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs.* 540.

§. 15. Juxta rigorem juris naturalis, quævis læsio, ex pretii inæqualitate, eveniens, emendari debet, sed uti, ob pretiorum incertitudinem, in foro civili minima attendi non possunt *v. l. 16. §. 4. de minor. l. 22. §. f. l. 23. locat. l. 54. de C. E. V.* ita nihilominus jure civili, ista res, ex æquo & bono olim decisa, & læsionis, quæ alicujus momenti fuit, ratio habita fuisse videtur, hoc enim omnia illa persvadent, quæ de læsionis, ex vitiis rerum resultantis emendatione, Romani constituerunt, quæque tum proxime, in §§. præcedentibus, tum *c. 2. 3. h.* retulimus *v. l. 2.*

depos. l. 47. de evict. l. 36. de V. O. l. 6. §. 2. l. 12. §. 1. de jur. dot. l. 38. fam. ercisc. l. 61. de ædilit. edict. l. 3. C. ex quib. caus. l. 3. C. comm. utri. judic. l. 14. C. de usur. Tandem vero terminus statutus est, ut in læsionibus enormibus saltem læsis succurrendum sit *l. 2. C. de rescind. vendit. c. 3. 6. X. de emt. vendit.*

§. 16. Remedium ita formatum, *æquum* dici potest *l. 2. C. de rescind. vendit.* quatenus damni restitutionem persequitur; á nonnullis tamen *tyrannicum* vocatur *v.* LAUTERB. *C. J. de rescind. vendit. lit. C.* quia læsionem infra dimidium subsistentem, plane negligit, & licet hoc prædicatum forte nimis durum sit, ab *iniquitate* tamen & *ineptitudine* non plane absolvendum videtur, dum læsionem enormem, in puncto velut consistentem, requirit. Satis igitur esset, juxta meram æquitatem, hujus generis controversias decidere; Nec metuenda erit litium multitudo, cum, propter pretiorum incertitudinem, & probandi difficultatem, non facile quis, ob quamvis læsionem modicam, actionem sit instituturus *v.* OBSERV. LAUTERB. *Observ. 541.*

§. 17. Quo autem locum habeat hæc querela, requiritur (1.) *læsio.* In hac æstimanda respiciendum est ad commune rerum pretium, non singularem hominum affectum *v. l. 33. pr. ad L. Aquil. l. 63. pr. ad L. Falcid. l. 12. C. de erogat. milit. ann.* præterea considerandus est locus rei venditæ & traditæ *v. l. fin. §. f. C. de admin. tutor.* tempus quoque contractus spectandum *l. 8. C. in fin. de rescind. vendit. l. 3. §. 5. de jur. fisc. l. fin. §. f. C. de admin. tutor.* CARPZ. *p. 2. C. 34. D. 6.* nam pretia pro ratione temporum & locorum esse diversa, notum est *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 543. 544.*

§. 18. Deinde considerandum est, annon læsus in læsionem consenserit. Cessat igitur querela, si quis donationis causa vendiderit *l. 38. de C. E. V. l. 6. 7. C. de condict. ob caus. dat. v.* CARPZ. *p. 2. C. 34. D. 3. n. 2. 3.* RICHTER *Dec. 99. n. 128.* Cujus rei exemplum est in testatore, qui rem aliquam, certo pretio, certæ personæ vendi, vel ab ea emi mandavit. Porro cessat, si sciens verum rei pretium, minoris vel majoris vendat aut emat, nam & hic donát *l. 53. 145. de R. J. l. 1. §. 5. de injur.* CARPZ. *d. l. n. 4.* RICHTER *d. l. n. 66.* Scientia tamen probari debet, cum sit facti, ac præsumtio, quæ pro ea militat *l. 15. C. de rescind. vendit.* alia præsumtione, á pretiorum incertitudine, & donandi raritate *v. l. 25. pr. de probat.* desumtâ, elidatur.

§. 19.

§. 19. Non minus etiam cessat, si contractus rem incertam respiciat, adeoque aleæ quid contineat, nam & eo casu consensus in læsionem adest. Locum ergo non habet querela in emtione spei *l. 8. §. 1. de C.E.V.* in partibus metallicis, quæ mox divites proventus ferunt, aut, cum opulentæ essent, desinunt *v.* RICHTER *d.l. n. 142.* neque propter thesaurum, in fundo emto, repertum *v. l. 3. §. 3. de A. A. P. l. 63. §. 1. de A. R. D.* neque in emtione alimentorum ad dies vitæ, si emtor statim moriatur, vel, præter votum venditoris, diu vivat, & similibus negotiis *conf.* LAUTERB. *C. J. de rescind. vend. lit. C.*

§. 20. Non sufficit læsio, sed (2.) *enormis* esse debet, ut scilicet quis ultra dimidium veri pretii lædatur. Venditor igitur læsus est, *si ne quidem dimidium pro eo, quod dedit, accipiat* sive, *si nec dimidia pars veri pretii soluta sit l. 2. C. de rescind. vend.* E. gr. si pro re centum digna *v. l. 47. de evict.* ne quidem 50. sed 49. vel minus venditor accipiat. Emtor verò læsus est, *si, ultra verum pretium, plus dimidio det.* E. gr. si, in casu allato, det 151. vel etiam plus, quæ verissima est computatio, nam res vendita est norma computandæ læsionis, hinc si venditor est læsus, si ne quidem ejus dimidium accepit, emtor quoque læsus dici debet, si, ultra verum pretium, plus dimidio solvit *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 542.*

§. 21. Læsio quæ dimidium longe excedit, dicitur enormissima, ea tamen contractum regulariter non facit nullum, sed læso itidem jus saltem dat, petendi damni restitutionem; si tamen quis dolo inductus sit, vel in re, quam principaliter respexit, deceptus sit (quæ duplex tamen consideratio huc non pertinet) tum læso jus, à contractu discedendi, etiam competit *v.* CARPZ. *p. 2. C. 34. D. 7.* De cætero læsio probanda est *l. 2. 19 de probat. l. 5. C. de in integr. restit.* per probos & peritos rerum æstimatores, testes, instrumenta vel delationem juramenti *v.* CARPZ. *d. l. D. 6.* RICHTER *Decis. 99. n. 152. seqq.* LAUTERB. *C. J. de rescind. vendit. lit. C.* plerumque autem illa probatio ob pretii incertitudinem difficilis est.

§. 22. Competit querela enormis læsionis, læso & hæredibus *l. 2. C. de rescind. vendit.* non etiam tertio, ob alterius læsionem, nisi ei jus sit cessum *v.* RICHTER *d. l. n. 75. sequ.* Adversus lædentem & hæredes *l. 49. de O. & A.* non etiam adversus tertium possessorem, est

enim

tractum tamen, si hoc magis visum sit, utriusque voluntate, posse etiam rescindi. Hoc uti ex natura negotii manifeste fluit, ita nec aliud jure civili constitutum est: Nam in *l. 2. C. de rescind. vendit.* nihil aliud dicitur, quam quod emtor lædens possit *eligere læsionis emendationem*, vel, *venditore pretium restituente, fundum venditum reddere*, ex quo non sequitur, quod negotium voluntate lædentis, sed, quod, utriusque contrahentis consensu, possit rescindi; in quem sensum etiam accipienda decreta juris Canonici *c. 3. 6. X. de E. V.*

§. 26. Hoc posito, distingvendi sunt duo casus, vel enim *contractus in eo statu est, ut rescindi queat*, vel *ut non possit*. Illo casu, alternatio vulgo laudata admitti poterit, cum enim rescissio contractus, si fieri queat, nunquam sit displicitura læso, cum per eam controversia expedite terminetur, ideò eam vel statim petet, vel non petitam, sed ultro oblatam lubens acceptabit. Cum igitur læsi consensus hîc semper concurrat, vulgo ille haud observatus, sed res ita accepta est, quasi solo lædentis arbitrio contractus rescindi queat.

§. 27. Quando igitur, ex voluntate læsi, emtor læsionem emendare paratus est, integrum rei pretium supplere *v.* CARPZ. *p. 2. C. 34. D. 7. n. 9. 10.* si venditor, id quod ultra justum pretium accepit, restituere tenetur, usurarum, in foro civili, neutro casu ratio habetur *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 551.* Quodsi autem à contractu discedere velit emtor lædens, tum, recepto pretio, rem reddit, præteriti temporis usuras nec accipit, nec fructus perceptos venditori præstat *v. l. 2. C. de pact. inter emtor.* quod secus esset, si hic jure dominii rem vindicaret *l. 1. C. si maj. fact. alien. rat. l. 173. §. 1. de R. J. l. 38. §. 4. de usur. l. 16. de in diem addict. l. 5. de leg. comm. l. 23. §. 1. de ædilit. edict. l. 24. §. 4. de minor. l. 16. §. 1. de inoff. testam.* Juxta rigorem tamen juris naturalis, emolumentum, ex pretio & re perceptum, ad æqualitatem redigendum esset, sed ille, in foro civili, haud attenditur.

§. 28. Si venditor lædens, à contractu discedat, tum, reddito pretio, recipit rem, præteriti temporis neque usuras præstat, neque fructus accipit, nam contractus non retro, sed ex præsenti tempore resolvitur *v. l. 29. §. 2. de ædilit. edict.* æquitatis tamen temperamentum, modo adductum, hic etiam inculcari potest. Utroque autem casu, emtor expensas, in perpetuam rei utilitatem, bona fide, factas deducit *v. l. 39.*

 §. fin.

§. fin. de minor. Utroque etiam casu pignus, ab emtore interim constitutum durat *v. l. 43. §. 8. de ædilit. edict.* nam contractus pure initus, in præjudicium creditoris, non potest resolvi: Quodsi adeo creditori non satisfiat, is pignori suo, ubicunque illud existat, incumbit.

§ 29. Si igitur venditor rem, pignore oneratam, nolit recipere, tum emtor illam liberare tenetur *v. l. 43. §. 8. de ædil. edict.* aut rescissio contractus plane non procedit: Potest tamen venditor ipse pignus luere, ac, de pretio reddendo, id, quod solvit, detrahere. Cautionem emtoris invitus venditor admittere non debet, hæc enim solum, quoad dubia, obtinet *l. 21. §. 1. de ædilit. edict.* Hæc ita obtinent in casibus præsentibus, aliud verò dicendum, si ex conventione addita contractus retro resolvatur, tum enim pignus, interim constitutum, evanescit *l. 31. de pignor. l. 4. §. 3. de in diem addict.*

§. 30. Quicquid, ob contractum initum, Magistratui, vel domino directo solutum est, v. gr. laudemium, illud læsus, rescisso contractu, neque ab eo, cui solutum est, neque à lædente, modo ejus dolus absit, repetere potest, neque enim contractus necessario rescindi debuit, hinc damnum hoc, pro voluntario haberi debet. Idem dicendum de aliis expensis, occasione contractus initi, factis. Quicquid tamen, ob pretium excedens, solutum est, id minimum ex æquitate Magistratus vel dominus directus reddere debet *v.* LAUTERB. *C. J. de rescind. vend. lit. O.* Aliud obtinet, ubi ob rei vitium, contractus rescinditur, ac expensæ, ex voluntate lædentis, sunt factæ, hæ enim læso restitui debent *l. 27. de ædil. edict. add.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 552.*

§. 31. Quodsi contractus rescindi non possit *v. §. 26.* dum scilicet res vendita vel periit, vel deterior facta, aut iterum alienata est, lædens præcise læsionem emendare tenetur. Si igitur emtor lædens rem alienaverit, aut hæc apud tertium, vel ipsum emtorem, & quidem ipsius voluntate, perierit, id quod deest justo pretio, ille supplere debet; Ratio verò non inde sumenda est, quod culpa vel mora obligationem perpetuet, sed quod, ex natura contractus, emtor ad solvendum pretium, rei venditæ æquipollens, obligetur, quicquid etiam rei ipsi accidat *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 545.*

§. 32. Re vero casu peremta, multi quidem, emtorem ad nihil tene-

teneri, existimant, sed verissimum est, quod etiam, hoc casu, ille pretium supplere teneatur, nam ejus obligatio non dependet à rei emtæ existentia, sed illa, ex contractu semel inito, resultat, ac semper durat, quicquid rei accidat, cujus periculum est emtoris: Sicut igitur hic, si rem justo pretio comparaverit, totum exsolvere cogitur, licet res emta casu perierit, ita, si viliori pretio rem emerit, ob paritatem rationis, illud quoque supplere tenetur, nec per casum, ab illa obligatione, liberatur *v.* OBSERV. LAUTERB. *Observ 546.*

§. 33. Porro venditor lædens, re casu amissa, id, quod ultra justum pretium accepit, emtori reddere debet. Idem dicendum, si emtor sua voluntate rem amiserit, nam obligatio venditoris, ad læsionem emendandam, ex ipso contractu resultans, rei interitu, vel casuali vel voluntario, non tollitur. Non obstat, *quod, si venditor rem malit recipere ac pretium reddere, emtor vero illam restituere nequeat, culpæ suæ damnum merito ferat v.* LAUTERB. *C. J. de rescind. vend. lit. P.* nam primo emtoris nulla est culpa, quia sua re potuit abuti, deinde venditor frustra provocabit ad electionem, cum nullam habeat, ceu *§. 25.* ostensum *add.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. Obs. 547.*

§. 34. Instituitur querela enormis læsionis in foro domicilii, ac tractatur processu ordinario RICHTER *Dec. 99. n. 177. seqq.* CARPZ. *p. 2. C. 34. D. 5. O. L. Observ. 553.* Tollunt illam (1.) renunciatio *l. p. C. de pact. l. 14. §. 9. de ædil. edict.* CARPZ. *d. l. D. 2.* RICHTER. *d. l. n. 85. seqq. O. L. Obs. 554.* (2.) Præscriptio 30. annorum *l. 3. 4. C. de præscript. 30. vel 40. ann. v. O. L. Obs. 556.* Non etiam (3.) juramentum, quo quis contractum se servaturum juravit *v. O. L. Obs. 555.* In Saxonia tamen, juramentum majoris querelam excludit *p. 2. C. 35.* Nec (4.) consensus reiteratus, nisi intuitu læsionis præsumtæ, repetitio facta sit *v.* LAUTERB. *C. J. de rescind. vend. lit. U. 3.*

CAPUT XXI.
DE EVICTIONIBUS ET USURIS.

§. 1.



HAs duas partes, pluribus contractibus communes, hoc loco expediemus. Evictio est *rei, ab aliquo possessæ, ex meliori jure, facta ablatio.* Quia vero illud jus melius esse censetur, quod, sententia judicis, pro tali declaratur, ideo evictio, *ablatio judicialis* communiter dicitur, sed utut regulariter judicialis sententia evictionem comitetur, absolute tamen ad hanc non requiritur. Coincidit evictio cum *vindicatione*, qua vel ob dominium, vel aliud jus reale, res alteri aufertur, hæc tamen magis ad actorem, sicut illa ad reum, pertinet, nihilominus utraque utrumque litigantem includit.

§. 2. Re evicta, possessor hoc damnum, velut fatale aut voluntarium, aliquando ferre cogitur, sæpe tamen ejus restitutionem, ab alio, à quo rem accepit, petit, qui evictionem præstare, i. e. *damnum, ob rem evictam, eveniens, resarcire* debet. Fluit autem hæc obligatio vel ex *speciali pacto*, vel ex *natura contractus*, adeoque dubio procul naturalis est, jure positivo saltem confirmata v. OBSERV. LAUTERB. *Obs. 682.*

§. 3. Pa-

§. 3. Pactum est vel *mere voluntarium*, quo quis sibi quam optime, in casum evictionis, prospicere potest, modo alter in tam molestas conditiones consentiat, v. gr. ut duplum, triplum aut etiam amplius quid præstet *v. l. 56. pr. de evict.* ac eo nomine, pignore aut fidejussoribus, caveat *v. O. L. Obs.* 683. vel *Necessarium*, quod vel ex legis præcepto, vel natura contractus, ineundum est. Sic jure Romano, quoad res pretiosas, duplum, sed nuda cautione, promittendum erat *l. 37. §. 1. l. 56. pr. de evict.* adeo ut cautio actione contractus exigi posset *l. 31. §. 20. de ædil. edict.* vel etiam non præstita, ipso jure, facta censeretur *l. 2. de evict.*

§. 4. Sed hodie illa necessitas cessat, hinc regulariter nulla cautio præstari debet. Quodsi vero, in limine contractus, evictio immineat, tum vel plane à contractu disceditur, si periculum sit manifestum *v. l. 66. §. 1. ad SC. Trebell. l. 8. de dol. except. l. 84. §. 5. de Legat. 1.* CARPZ. *p. 2. C. 34. D. 37.* vel, retentione pretii, aut, hoc jam soluto, actione contractus, autor, ad idoneam cautionem, compellitur CARPZ. *d. l. D. 30. seqq.* quam necessitatem ex natura negotii dependere, manifestum est.

§. 5. Licet verò nulla promissio intercesserit, tamen, ex natura contractuum onerosorum, evictio est præstanda *l. 6. C. de evict. v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 684.* Præstatur ergo (1.) in emtione venditione *l. 60. de evict. l. 11. §. 2. de A. E. V.* licet ipse emtor *l. 9. 41. §. 1. de evict.* vel venditor rem evicerit *l. 17. 18. 19. eod.* sed hic commodius, exceptione rei venditæ & traditæ repellitur *l. 1. seqq. de except. rei vend. & trad.* Venditoris, vel ejus fidejussoris hæredi, eadem exceptio obstat, si ex persona & jure defuncti, rem evincere velit *l. 1. §. 1. eod.* ast si jure proprio utatur, tum, ut tertius, rem evincere potest, ut hæres vero evictionem præstare debet *l. fin. C. de evict. v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 692.*

§. 6. Cessat evictionis præstatio, si ei renunciatum sit *v.* CARPZ. *p. 2. C. 34. D. 22. n. 6. 7.* admittit tamen illa conventio quæstionem voluntatis, hinc probe considerandum, quid actum sit *l. 11. §. fin. de A. E. V. v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 685.* Renunciatur etiam evictionis præstationi tacitè, si sciens, rem certò alienam, comparaverit *l. 27. C. de evict. l. 7. C. comm. utri. judic.* CARPZ. *d. l. D. 25.* secus est, si res dubie sit aliena, hanc enim comparans, jus petendi evictionem non amittit *l. f. §. f. C. comm. de Legat. v. O. L. Obs.* 686. Cessat quoque evictionis præstatio, in venditionibus prohibitis *l. 5. C. de leg.* ac adeo in specie iis, quæ in alea fiunt *l. 2. §. 1. quar. rer. act. non dat.*

§. 7. Præstatur evictio (2.) in datione in solutum *l. 4. C. de evict. l. 24. de pign. action. l. 46. de solut. l. 8. C. de sentent. & interloc.* (3.) permutatione *l. 1. C. de rer. perm. l. 29. C. de evict.* (4.) in hæreditatis *l. 66. §. f. l. 7. C. comm. utriusque jud. l. 77. §. 8. de Legat. 2.* (5.) rei singularis divisione *l. 34. §. 1. de evict. l. 10. §. f. comm. divid.* (6.) locatione conductione *l. 9. pr. locat.* (7.) in transactione, ubi aliquid datum *l. 33. C. de transact.* secus, si transactionis causa, res controversa sit saltem dimissa CARPZ. *p. 1. C. 3. D. 26. Pr. tit. 4. art. 3. n. 13. add.* LAUTERB. *C. J. de evict. lit. C.* nam hoc casu, retinens, ob cognitam satis rei qualitatem, præstationem evictionis censetur remisisse *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 687.*

§. 8. In negotiis vere lucrativis, ac à mero alterius beneplacito dependentibus, evictio præstanda non est, nisi in specie promissa sit, aut donantis dolus intercesserit, poterat enim hic nihil dare, adeoque rationem, re evicta, regulariter postulari nequit. Aliter se res habet in negotiis lucrativis, sed quæ ad onerosa quodammodo accedunt, aut quæ ex voluntate donantis, alius exequi debuit, nam, in iis, evictio præstanda est, ut vel æqualitas conservetur, vel executor obligationi suæ satisfaciat.

§. 9. Non ergo præstatur evictio in donatione simplici, nisi ob dolum vel pactum *l. 18. §. 3. de donat. l. 62. de ædil. edict. l. 2. C. de evict.* nec in legato certæ speciei vel individui alieni *l. 45. §. 2. de Legat. 1. l. 40. de evict.* ex jure tamen testatoris, qui rem titulo oneroso comparaverat, contra autorem, recte agit legatarius, ad præstandam evictionem *l. 59. cod.* E contrario præstanda est evictio in donatione remuneratoria *l. 27. l. 34. §. 1. de donat.* CARPZ. *p. 2. C. 34. D. 24.* vel ob causam, si hæc vel jam, sine accepto æquivalente, impleta sit *v. l. 1. C. de donat. quæ sub mod. l. 7. §. 2. de pact. l. 5. §. 2. de P. V.* vel impleri debeat, ut in dote *l. 1. C. de jur. dot. v.* JUS FEUD. GERM. *c. 7. §. 23. seqq. c. 9. §. 51. seqq.* denique in legato generis, ubi hæres præstitit speciem alienam *l. 58. de evict. l. 45. §. 1. de Legat. 1. l. 29. §. 3. de Legat. 3.* aut in legato individui, quod testator scivit obligatum *l. 57. de Legat. 1.* nam illo casu, hæres voluntatem defuncti non recte est executus, hoc autem necessitatem præstandæ evictionis ei testator censetur imposuisse *add. O. L. Obs. 688.*

§. 10. Præstant evictionem autores, qui suo nomine, per negotia antea exposita, res in alios transtulerunt *l. 8. 9. 10. 16. 17. C. de evict.* eorumque hæredes *l. 9. 21. 23. C. cod. l. 62. §. 1. ff. cod. l. 4. §. f. l. 85. §. 5. l. 139. de*

l. 139. de V. O. ut & fidejussores & hæredes *l. 4. ff. l. fin. C. de evict.* Non igitur præstant evictionem creditores pignora distrahentes *l. 1. 2. C. cred. evict. pign. non deb. l. 11. §. 16. de A. E. V. l. 10. l. 12. §. 1. l. 13. de distract. pign. l. 38. ff. l. 13. C. de evict.* tutores & curatores *l. 1. C. quand. ex fact. tutor.* judex pignora distrahens *l. 50. 74. §. 1. ff. l. 13. C. de evict.* procurator *arg. l. fin. in fin. de instit. action.* In specie cautum est jure Saxonico, ne Judæi Christianis præstent evictionem *Landr. l. 3. art. 7.* quod hodie non observatur FRANSK *de evict. n. 324. 588.* BERGER *in resolut. ad* LAUTERB. *C. J. de evict.*

§. 11. Præstatur evictio omnibus illis, qui, ex causis antea memoratis, res acceperunt eorumque hæredibus *v.* FRANSK *de evict. n. 545. seqq.* quoad omnis generis res, ex titulis illis acceptas, & postea evictas. Si nomen sit venditum, evictio saltem præstatur, si non sit verum, non autem, si non sit bonum, nisi dolus aut pactum intercesserit *v. l. 4. de H. vel A. V. l. 74. §. fin. de evict.* STRUV. *S. J. C. exerc. 27. §. 23. v.* supra *c. 4. §. 10. 11.*

§. 12. Ut autem quis ad evictionem præstandam obligetur, in genere requiritur, *ne suæ obligationi satisfecerit, nec jus promissum, in alterum, transtulerit,* nam, hoc posito, manifestum est, quod ille re evicta, teneatur, nihil enim aliud intenditur, quam ut adhuc suæ obligationi satisfaciat. Quodsi autem quis *jus promissum, in alterum, revera transtulit, hic verò vel casu rem, vel culpa sua jus & rem amisit*, tum itidem liquet, quare ille nihil præstare debeat, nam obligationi suæ, ex contractu venienti, jam satisfecit *add. O. L. Obs. 689.*

§. 13. Ut igitur de hoc specialius constet, interest, utrum res *extrajudicialiter* an *judicialiter* sit evincenda. Extrajudicialis evictio hominibus quidem forensibus, incognita est, imo parum juridica videbitur, sed si tamen tertius, jus suum evidenter doceat, ac possessor, juris alieni evidentia convictus, temerariam injustamque litem omittat remque alteri concedat, tum autorem, ad præstandam evictionem, teneri, omnino arbitror, tutissimum tamen erit, autori rem hanc denunciare, quo eo magis certus reddatur, omnia bona fide esse acta, nullamque possessoris culpam intervenisse. Sed hic casus, in tanto litigandi pruritu, erit dubio procul rarissimus.

§. 14. Altero casu, evictio est præstanda, si ex jure meliori *v. l. 1. C. de*

C. de peric. & comm. rei vend. tertius, per victoriam judicialem, seu sententiam legitimam *l. 17. C. de evict.* possessori, sine ejus culpa, rem actu abstulit *l. 3. C. l. 16. §. 1. l. 57. pr. l. 70. l. 74. §. 2. l. 76. ff. eod.* Cessat igitur evictionis præstatio (1.) si casu res sit amissa *l. 21. ff. l. 26. C. eod. l. fin. C. de A. E. V.* CARPZ. *p. 2. C. 34. D. 25.* (2.) si propria possessoris voluntate *l. 76. de evict.* (3.) si imprudentia vel malitia judicis *l. 51. ff. l. 8. C. eod.* sed de hac manifeste constare debet, cum pro judice sit præsumtio. (4.) si culpa possessoris.

§. 15. Talis adesse censetur (1.) si arbitri judicio rem temere commiserit *l. 56. §. 1. de evict.* (2.) si exceptionem sibi competentem omiserit *d. l. 56. §. 3.* (3.) si in bona causa non appellaverit *v. l. 63. §. fin. eod.* dum tamen, absente autore, condemnatus sit FRANSK *de evict. n. 295.* nam alias, ad hunc potius, istius rei cura pertinuisset (4.) si litem autori non denunciaverit *l. 53. §. 1. l. 62. §. 1. ff. l. 7. 8. 20. 21. 23. 29. C. de evict.* omissa ergo denunciatione, possessor evictionem petere nequit, ex sententia nonnullorum *v.* HUBER *in posit. ad ff. de evict. n. 11. 12.* CARPZ. *p. 1. C. 3. D. 23.*

§. 16. Sed verius est, omissam denunciationem non aliter nocere possessori, quam si per eam, jus autoris & possessoris neglectum sit *l. 53. §. 1. de evict.* nam denunciatio non pertinet ad jus aliquod acquirendum, sed ad juris defensionem, circa hanc ergo si nihil neglectum, res tamen, ex tertii jure meliori, evicta sit, & hoc omne legitime probari queat, denunciatio impune omittitur CARPZ. *p. 1. C. 3. D. 24.* Interim semper tutius est litem autori denunciare *add.* BERGER *in resolut. ad* LAUTERB. *C. J. de evict. qu. 2.*

§. 17. Fieri potest denunciatio, etiam post litem contestatam, modo adhuc integra sit defensio *l. 29. §. f. de evict.* CARPZ. *Pr. tit. 4. art. 3. n. 16. v. O. L. Obs. 690.* Debet autem fieri judicialiter, nisi aliter inter partes conventum sit, hinc judex, minimum ex more nonnullorum judiciorum, specialiter rogandus est, quo autori litem, transmissis libelli copia, aliisque, ad illum instruendum necessariis, denunciet, eumque ad defensionem rei evocet *v. l. 20. 21. 29. C. de evict.*

§. 18. Hoc facto, denunciatus, non quidem absolute, tamen ex hypothesi, si jus recte defensum velit, comparere tenetur, etiamsi sit persona alias privilegiata *l. 49. de judic.* CARPZ. *p. 1. C. 3. D. 28. p. 2. C. 34. D. 40.* &

& tum Reo assistere *l. 20. 21. 29. C. de evict.* totam vero litem, invito actore, in se transferre non potest *v. l. 66. §. 2. de evict.* CARPZ. *Pr. tit. 4. art. 4. n. 1.* STRUV. *S. J. C. Exerc. 27. §. 29.* quod in Electoratu Saxoniæ certum *O. P. S. tit. 14. §. fin.* Quodsi denunciatus nolit Reo assistere, vel etiam plane emaneat, tum nihil contra eum, tanquam contumacem, decernendum, sed processus à solo denunciante peragendus est, ratione regressus securo, modo litem propria voluntate non amittat. *O. P. S. d. tit. 14. §. 2.* BERGER *in resolut. ad* LAUTERB. *de evict. qu. 2.*

§. 19. Ad obtinendam evictionis præstationem, datur actio ex stipulatu vel condictio ex moribus, si conventio intercesserit, vel actio, ex ipso contractu descendens, cessante pacto *v. l. 56. pr. l. 60. 70. de evict.* Illæ exigunt quantitatem promissam, hæc vero pretium, id quod interest *l. 70. de evict.* ac expensas in litem *l. 17. C. eod.* non etiam regulariter in rem factas, persequitur *vid.* FRANSK. *de evict. n. 857.* Quamdiu res non evincitur, tamdiu, ob evictionem, agi non potest, hinc etiam actioni, nondum natæ, hactenus non præscribitur. Re usucapta, evictio, & consequenter ejus præstatio cessat *l. 54. pr. de evict.* Si, post, rem evictam, 30. anni elapsi sint, actio, ad evictionis præstationem competens, præscripta est *l. 3. 4. C. de præscript. 30. vel 40. ann. v. l. 21. C. de evict. v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 691.*

§. 20. Usura *v.* NOODT *de usur. C. 2. 3. conf.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 707.* est *pretium, pro usu sortis, seu quantitatis debitæ, solvendum v. l. 95. §. 1. ad L. Falcid. l. 24. de us. & usufr. leg. l. 58. §. 6. ad SCt. Trebell. l. 23. 28. C. de usur.* utplurimum est ejusdem generis cum sorte, sed nihil impedit, quo minus etiam, in re alterius generis, constituatur *v. O. L. Obs. 693.* Dividitur in *ordinariam,* qua usus sortis tantum, & *extraordinariam,* qua tam ille, quam sortis periculum, quod Creditor sustinet, æstimatur, qualis, apud Romanos, erat *fœnus nauticum v. l. 26. §. 1. C. de usur. l. 1. 5. 7. ff. l. 1. C. de naut. fœn.* quod hodie, inventis cambiis, non adeo usitatum est *v. O. L. Obs. 708.*

§. 21. Ordinaria rursus distingvi potest in *lucratoriam* seu *mordentem,* quæ, ultra æquitatis præscriptum, exigitur, & *compensatoriam* sive *non mordentem,* quæ æquitatis terminos non excedit, hæc iterum est vel *compensatoria in specie,* quæ, in præstitæ utilitatis compensationem solvitur *v. l. 1. §. 1. l. 17. § 3. de usur. l. 60. pr. soc. l. 58. §. 6. ad SCt. Trebell. l. 16. §. 1. de usur.* vel *punitoria,* quæ ob moram exigitur, ubi morosus

utilitatem revera vel non percepit *v. l. 32. §. 2. de usur. l. 54. locat.* vel, ob consensum creditoris, solus usus producendis usuris non sufficit *v. l. 24. in fin. l. 25. §. 1. l. 26. §. 1. depos. O. L. Obs. 694.*

§. 22. Usuræ compensatoriæ jure divino & humano sunt permissæ, licet sententia juris Canonici, non usque adeo sit liquida *v. c. 11. Dist.* 88. de quo tamen parum laborandum *v. O. L. Obs. 695.* Quoad jus Germanicum inprimis res certa est *Reform. Polit. 1530. tit. 26. de anno 1548. tit. 17. Ord. Polit. 1577. tit. 17. Recess. deput. 1600. §. so viel nun 139. R. J. 1654. §. anreichend* 174. *v.* CARPZ. *p. 2. C. 30. D. 1. seqq.* sicut autem res licitæ, nonnunquam in necessarias convertuntur, ita etiam, ad usuras solvendas, aliquando obligamur. Oritur illa obligatio summatim ex *conventione, mora* & *collata utilitate.*

§. 23. Quoad *conventionem*, jure Romano, distinguendum est, inter *stipulationem*, ex hac, in quibusvis contractibus, efficax, ad solvendas usuras, nascitur obligatio *l. 3. C. de usur.* & *pactum nudum*, hoc si contractibus bonæ fidei, in continenti adjiciatur, exinde quoque actio datur *l. 5. C. de pact. inter emt. l. 24. in fin. l. 26. §. 1. depos.* si autem ex intervallo, actio nulla nascitur *l. 3. 4. 22. C. de usur. l.* 8. *§. f. de pign. act.* In stricti juris contractibus, ex pacto usuræ regulariter peti nequeunt *l. 3. 4. 7. 22. C. de usur. l. 28. C. de pact. l. 24. de P. V.* nisi certis in casibus *v. l. 30. de usur. l. 5. §. 1. l. 7. de naut. fœn. l. 12. 23. C. de usur. Nov. 136. c. 4. 5.* sed hodie, ex quovis pacto licito & serio, usuræ exigi possunt, nec admissum est jus Romanum *add.* CARPZ. *p. 2. C. 30. D. 5.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 696.*

§. 24. Ob *moram*, jure Romano, saltem in contractibus bonæ fidei, usuræ debentur *l. 32. §. 2. l. 34. de usur.* non verò in contractibus stricti juris *l. 3. C. de usur. l. 24. de P. V.* nisi certis in casibus *l. 17. §. 3. 5. l. 34. de usur. l. 87. §. 1. de Legat. 2. l. 2. C. de usur. rei jud. l. 3. de fidejuss. tutor.* sed hodie hoc etiam cessare, & in omnibus contractibus, usuras, ob moram, efficaciter deberi arbitror *v. c. 18. §. 12. h.* Quando autem mora contrahatur, id *c. 3. §. 32. 33. h.* ac generalius *l. 2. c. 3. §. 18. seqq.* est ostensum. Denique ob *collatam utilitatem*, usuræ aliquando solvendo sunt, quam æquitatem & jus Romanum *v. l. 10. §. 3. l. 12. §. 9. mand.* & mores nostri agnoscunt, circa ejus tamen applicationem Scriptores nonnunquam dissentiunt *v. c. 3. §. 34. h.* BERGER *ad* LAUTERB. *de usur. qu. 1.*

§. 25. Cum autem avaritia & inhumanitas terminos æquitatis, in exigendis usuris, facile transilire queat, ideo leges positivæ usurarum *quantitatem, multiplicationem* & *durationem* certius definire solent. Jure civili non eadem, omni tempore, usurarum fuit quantitas *v. l. 26. §. 1. C. de usur. v.* STRUV. *Exerc. 27. §. 49.* Hodie regulariter *quincunces* saltem sunt permissæ, per ea, quæ *§. 22.* adduximus. Ultra illam quantitatem, nihil stipulari licet *l. 20. 29. 44. ff. l. 15. 16. 26. §. 1. C. de usur.* id tamen quod revera interest, & quantitatem illam excedit, petere haut prohibemur CARPZ. *p. 2. C. 30. D. 9. 10. 11.*

§. 26. Multiplicationem usurarum quod attinet, usuræ usurarum prohibentur *l. 28. C. de usur.* sive quis eas ob moram usurarum, sive ob usuras, in sortem redactas, exigere velit, si tamen debitor mutetur, usuræ induunt naturam sortis, cujus usuræ recte exiguntur *l. 7. §. 12. l. 28. §. f. de admin. tutor.* FRANSK *l. 2. Res. 10.* Idem dicendum, si fidejussor, pro debitore, usuras solverit, nam hic eas ex proprio contractu mandati debere illi incipit BERLICH *p. 2. D. 268. n. 33.* annuorum quoque redituum usuras exigi posse volunt BERLICH *d. l. n. 29.* CARPZ. *Pr. Cr. p. 2. qu. 92. n. 86.* quod tamen vix admittendum *conf.* STRUV. *S. J. C. exerc. 27. §. 50. 51. O. L. Obs.* 697. 698.

§. 27. Quoad durationem usurarum illud cautum est, ne ultra alterum tantum illæ currant, hinc si sortem superent, repetuntur aut sorti imputantur *l. 27. §. 1. C. de usur.* CARPZ. *p. 2. C. 30. D. 26. 27.* licet singulis annis solutæ sint *Nov. 121. c. 1. 2. Nov. 138.* quod olim secus erat *l. 10. C. de usur.* si tamen usuræ tanquam interesse petantur, aut debitor sit morosus, ultra alterum tantum exigi possunt, quod etiam dicendum de annuis reditibus, qui perpetuo currunt *v.* STRUV. *S. J. C. exerc. 27. §. 52. 53.* Æquum quoque est, ut in emtione usuræ, ultra quantitatem sortis, admittantur *v.* BERGER *in animadv. ad* LAUTERB. *de usur. qu. 1. add. Decis. Saxon.* 29.

§. 28. Quodsi leges usurariæ negligantur, contractus, quoad excessum, est nullus, & accipiens immoderatas usuras, amittit quartam partem sortis, incurrit infamiam, ei denegatur testamenti factio & honesta sepultura, ac extraordinaria pœna affici potest *v.* CARPZ. *p. 2. qu.* 92. STRUV. *d. l. §. 54.* Pars autem amissa cedit Magistratui inferiorem jurisdictionem habenti *Reform. polit. 1530. tit. 26. §. 7.* Sed in Electoratu Saxoniæ, Principi *v.* BERGER *d. l. qu. 2.*

§. 29. Actiones seu remedia, ad exigendas usuras competentia, varia sunt; nam usuræ, quæ ex pacto incontinenti adjecto debentur, *actione contractus l. 24. in fin. l. 26. §. 1. depos. l. 5. C. de pact. int. emtor. l. 7. §. 5. de pact.* quæ ex stipulatione, *actione ex stipulatu* exiguntur *l. 1. C. de judic.* Quæ autem ob moram, vel collatam utilitatem solvendæ sunt, *officio judicis* saltem adjudicantur, hinc, sublata obligatione & actione principali, peti nequeunt *l. 49. §. 1. de A. E. V. l. 4. C. depos. l. 7. de N. G. l. 8. de eo quod cert. loc.*

§. 30. Sed hodie usuræ, promissæ, indistincte *condictione ex moribus* vel *actione ex contractu*, petendæ esse videntur. Cæteras *officio judicis* exigi debere, concederem quidem, minime tamen illud, quod, sublata actione principali, illæ seorsim peti nequeant, licet ita videatur CARPZOVIO *p. 2. C. 30. D. 12. 13.* ea enim, quæ ad judices pedaneos, & antiquum processum formularium pertinuerunt, male utique nostris judiciis applicantur, maxime si ex meris tricis, ab æquitate abeuntibus, habeant originem: Nam alias obligatio, quæ sine promissione ex justis causis oritur, ejusdem omnino est efficaciæ, ac illa, quæ ex promisso resultat: Imo nihil vetat, quo minus *actionem in factum* hoc casu afferamus, atque ita fori Romani commentum, pari commento eludamus *add.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 699.*

§. 31. Desinunt usuræ (1.) obligatione principali extincta *l. 18. de novat.* scilicet ratione temporis futuri, non præteriti, de quo *§. præc.* dictum (2.) purgatione moræ, modo illa juxta legis præscriptum fiat, de quo, inter modos tollendi obligationes, dicendum *v.* STRUV. *Exerc. 27. §. 56.* (3.) judicis prohibitione de non solvenda sorte, modo illa usum pecuniæ debitori simul intercipiat CARPZ. *p. 2. C. 30. D. 24.* hinc in Saxonia non aliter, quam si pecunia judicialiter fuerit obsignata, aut debitor juret se interim pecunia non esse usum *Decis. Sax. 47. v. infr. l. 5. c. 12. §. 13.* induciæ quoque moratoriæ cursum usurarum non sistunt *Decis. Saxon. 30.*

§. 32. Cum usuris habent convenientiam (1.) *annui reditus* i. e. emolumentum, ex re aliena, ob pretium solutum, singulis annis præstandum. Acquiruntur ergo emtione venditione, ac ad illos exigendos, competit jus reale, & actio confessoria, præterea sors data ab emtore non potest revocari, quo nomine ab usuris, ex mutuo præcipue solvendis, differunt. Quoad *moralitatem* verô, cum iis plane conveniunt, hinc iisdem rationibus & impugnari, & defendi possunt *v.* STRUV. *d. l. §. 58. seqq. add. O. L. Obs. 701.*

§. 33.

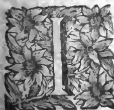
§. 33. Porro cum usuris (2.) conveniunt *fructus*, de quibus *l.3.c.7. §.9.seqq.* jam fuit actum; illud tamen hic observandum, exigi illos vel ex *re propria*, de quo *d.l.3.c.7.* dictum est, vel *debita*, quoad hanc, ex iisdem caussis eos deberi, ex quibus usuræ præstandæ sunt, juxta æquitatem & usum Germaniæ, plane arbitror. In specie igitur incivile & inhumanum videtur, à donatore exigere fructus *l.38.§.7. de usur.* quod ad usuras quoque applicari poterit, quæ, jure Romano, etiam minus favorabiles erant *d.l.38.§.7.junct.l.32.§.2.ff.l.3.C. de usur. v.* BERGER *in resolut. ad* LAUTERB. *de usur. qu.1. O.L. Obs.702.703.*

§. 34. Pertinet etiam huc (3.) *Id quod interest* i.e. damnum emergens & lucrum cessans *l.21.§.3.de A.E.V.l.13. rem rat. hab. v. O.L. Obs. 568.* quod quantitatem usurarum & fructuum aliquando longe excedit *v.l.2.§.fin. de eo quod cert. loc.* (4.) *Caussa*, quo nomine fructus & usuræ, præterea vero, etiam incrementa fortuita comprehenduntur *l.2.38.§.7. De usur. l.20. de R.V. l.35. de V.S.* Denique (5.) *Accessio*, quæ, cum Caussa, videtur coincidere *l.34. de R.V. l.4. de jur. dot.*

CAPUT XXII.
DE ALIIS CONTRACTUUM COMMUNIBUS.

SUMMARIA.

§. 1.



IN hunc locum cætera, quæ pluribus contractibus communia sunt, & jam succurrunt, breviter referemus. Solet igitur non raro *tempus* contractibus adjici, post cujus lapsum, res promissa actione contractûs, potest exigi, nam quod quis hac die debet, illud multo magis, post illam, dare obstrictus est, quod etiam,

 iam,

iam, ex receptiori ſententia, de jure civili verum eſt *v.* ZOES *adſſ. de eo quod cert. loc. n.* 14. Ejus vero quod intereſt, rem die ſtatuto non eſſe ſolutam, habenda quoque eſt ratio, quod æquitas præcipit, & jus Romanum agnoſcit *l. 4. pr. de eo quod cert. loc. l. 114. de V. O.*

§. 2. Infrequens etiam non eſt, ut contractibus, *certus ſolutionis locus* adjiciatur. Hoc caſu uti promiſſor in loco condicto ſolvere tenetur, nec etiam, invito creditore, alibi poteſt *l. 9. de eo quod cert. loc.* ita invitus, in loco ſolutioni deſtinato, actione contractûs, ad implendum promiſſum, poteſt adigi *l. 3. de reb. autor. jud. poſſid. l. 21. de O. & A.* Quodſi autem in locum illum non veniat, tum juxta æquitatem naturalem indiſtincte, i. e. non habita contractus initi ratione, creditor alio in loco debitorem, actione contractûs, convenire poteſt, nam loci adjectio efficit, ne ſtatim, non autem, ne nunquam alibi, reus conveniri poſſit.

§. 3. Eſt autem actio inſtituenda eo in loco, ubi reus forum ſortitur, quod ex indole imperii civilis reſultat *v. l. 43. de judic. l. 16. §. 1. de conſtit. pecun.* præcipue igitur in loco domicilii, vel rei ſitæ, ſi, ex regionis conſvetudine, vel ſimpliciter, vel prævio rerum arreſto, actio perſonalis ibi queat inſtitui. Præterea ad prudentiam actoris pertinet, ut libellum apte formet, adeoque in ſpecie loci prioris, Reique in illum non venientis, ac hinc ortæ, alibi agendi, neceſſitatis, faciat mentionem.

§. 4. Si duo loca alternative contractui adjecta ſint, debitor, antequam conveniatur, eligit, ubi ſolvere velit, eo vero cunctante, creditor eligit, ubi agat, quod etiam obtinet, ſi locis illis, res alternative adjunctæ ſint *l. 2. §. 3. de eo quod cert. loc.* Quodſi adeo Reus in neutrum locum veniat, Creditor, actione, in tertio loco, inſtituta, vel utriusque, vel unius loci, prout viſum fuerit, mentionem facere poteſt. Si autem copulative duo loca promiſſioni adjecta ſint, in ſingulis, pars dimidia ſaltem peti poteſt, ac, ſi in loco tertio agatur, utriusque mentio fieri debet *d. l. 2. §. 4.*

§. 5. Actione in loco tertio inſtituta, reus aliquando, ſub cautione abſolvitur, ſi ſcilicet, in loco condicto facilius pecuniam ſolvere poſſit, nec hactenus tergiverſatus ſit *l. 4. de eo quod cert. loc.* Ea vero procedente, habenda eſt ratio ejus quod intereſt actoris, etiam ultra legitimum uſurarum modum *l. 2. pr. §. fin. de eo quod cert. loc.* Non minus tamen intereſſe quoque Rei attenditur, idque non tantum eo caſu, ſi ob juſtam cauſam, in loco adjecto, non comparuerit *l. 1. 2. pr. eod.* ſed &, ſi in mora fuerit *d. l. 2. pr. §. 8.* nam mora commiſſa reum quidem obligat ad inter-

tereſſe actori præſtandum, jure tamen, proprium petendi, eum non privat, cum morâ, per præſtationem ejus quod intereſt, emendatâ, perinde ſit, ac ſi moram plane non commiſiſſet *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obſ. 387.*

§. 6. Quodſi creditor debitum, certo in loco, ſolvendum, in alio ſponte recipiat, tum id, quod intereſt cenſetur remiſiſſe, modo non alias ſilentii ſui habuerit rationes, quemadmodum etiam acceptio procuratoris, ſive ejus conſenſu facta, ipſi non obeſt *l. 2. §. 7. de eo quod. cert. loc.* Si vero creditor, debitum accipiens, ratione ejus quod intereſt, proteſtetur, tum jure quidem Romano, nihilominus jus illud petendi videtur amiſiſſe *l. 8. 10. de eo quod. cert. loc. l. 49. §. 1. de A. E. V.* ſed, juxta æquitatem, id jus ſalvum erit, quam hodie obſervandum puto *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obſ. 388. v. cap. præc. §. 30.*

§. 7. Hactenus dicta, jure Romano, ſaltem obtinebant in contractibus bonæ fidei, in his ſcilicet, actio ex contractu deſcendens, etiam in loco tertio poterat inſtitui *l. 7. de eo quod cert. loc.* ſed ex contractibus ſtricti juris, alio loco agi non poſſe videbatur, cum vero hoc manifeſte iniquum eſſet, Prætor actionem aſſeruit *l. 1. de eo quod cert. loc. §. 34. I. de action.* hinc innotuit nomen *actionis utilis*, vel *arbitrariæ de eo quod certo loco*, quod non alium habet uſum, quam ut logomachias vel inanes pariat doctrinas. Hodie eo non utimur, ſed ex quovis contractu actio, ſub conſveto nomine, ad effectus antea expoſitos, inſtituitur *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obſ. 385. 386.*

§. 8. Solet aliquando quis *obligationem alienam in ſe ſuſcipere*, vel *etiam propriam repetere*, aut, *alienæ obligationis occaſione, ſe obſtringere.* Hoc, jure Romano, fiebat, vel *verbis ſolennibus*, vel *nudo conſenſu*, illo caſu exiſtebat *fidejuſſio*, *novatio impropria v. §. 3. I. quibus mod. oblig. toll.* vel etiam *ſtipulatio in ſpecie ſic dicta*, hoc vero, *Conſtitutum*, quod adeo eſt *pactum legitimum, quo quis, ſine verbis ſolennibus, alienam obligationem ſuſcipit l. 1. §. 1. l. 28. ff. l. ſ. C. de conſtit. pecun. vel proprium debitum repetit, aut, occaſione obligationis alienæ, ſe obſtringit l. 5. §. 2. eod. §. 9. I. de action.* Valebat hoc pactum, ex confirmatione Prætoris *l. 1. pr. de conſtit. pecun. §. 8. I. de action.* & eam quidem ob cauſam, quod obligatio jam præcederet, hinc etiam debitum mere civile *l. 3. §. 1. de conſtit. pec.* vel, ultra debiti veri quantitatem, conſtitui non poterat *l. 11. §. 1. l. 12. eod. v.* LAUTERB. *C. J. de conſtit. pecun.*

§. 9. Verum cum hodie omnia pacta ſeria, obligent, ac cum ſtipulatio-

lationibus coincidant, ideo Constitutum, est contractus *consensualis*, ac valet non ob præcedens debitum sed consensum. Illud ergo, quo quis obligationi alienæ accedit, est *fidejussio v.c.16. §. 4.h.* quo quis propriam obligationem repetit, vel, alienæ obligationis occasione, se obstringit, *novatio impropria* aut *peculiaris contractus*, qui etiam ultra debiti præcedentis quantitatem valet. Imo usus constitutum etiam pro *novatione propria*, & *expromissione* fere accipit *v.* CARPZ. *p.2. C. 16. D. 2. 8. C.18. D. 2.* ex quibus apparet, constitutum hodie peculiariter non esse considerandum, cum explicata fidejussione & novatione illud ultro intelligatur *conf.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 389.*

§. 10. In contractibus, quæ restitutioni subjacent, aliquando res *æstimantur*, id quod dupliciter fit, *venditionis* & *taxationis* gratia; Illo casu, res æstimata alteri pro certo pretio venditur, adeoque accipiens non debet rem reddere, sed ejus æstimationem præstare, hinc periculum rei quoque ad ipsum pertinet: Hoc vero, æstimatio saltem eo fine fit, ut de pretio rei constet, adeoque, sine ulteriori disputatione, statim intelligatur, quid accipientem præstare oporteat, si ejus culpa res perierit, hinc manet accipiens debitor speciei, hujusque periculum casuale ad dantem pertinet, quod etiam verum est in contractibus, in quibus levissima culpa præstatur *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 401.*

§. 11. Quo sensu æstimatio, in hoc vel illo contractu, facta sit, id ex verbis expressis optime intelligitur *v. l.50. sol. matrim. l. 21. C. de jur. dot.* In dubio æstimationem, involvere venditionem, aliqui putant *v.* MASCARD. *de probat. V. 2. Concl.* 663. sed hoc accipiendum est, de negotiis dominii translativis, v.gr. dote *l. 10. §. 4. l. 12. §. 1. l. 14. 15. 16. ff. l. 5. 10. C. de jur. dot. l. un. §. 9. 15. C. de R. U. A.* CARPZ. *p. 3. C. 23. D. 26.* In aliis vero, quæ dominium non transferunt, ut deposito, commodato, pignore, locatione & societate, æstimatio, taxationis gratia, potius facta censeri debet *v. l.52. §.3. pro soc.* CARPZ. *p. 2. C.37. D.16.* RICHTER *Dec. 81. n. 13.*

§. 12. Sed ista procedunt in dubio, quodsi vero circumstantiæ aliam contrahentium intentionem indicent, aliud quoque dicendum erit. Sic in dote aliquando æstimatio fit saltem taxationis gratia *v.* CARPZ. *p.3. C.23. D.27.* in locatione vero, venditionis causa, si conditio objecti hoc svadeat *l. 3.54. §. f. locat.* Quodsi in hujus generis contractibus, conventum sit, ut res incorrupta, vel ejus æstimatio restituatur, dubitandũ non

non erit, quin periculum omne, ad accipientem, pertineat *v. l. 10. §. f. de jur. dot. add.* CARPZ. 1. *Rsp.* 106. LAUTERB. *C. J. de æstimat. lit. O.*

§. 13. Aliquando quidam contractibus aliorum interveniunt, qui si damnum contrahentibus inferant, illud naturaliter resarcire tenentur. Pertinet eò exemplum *mensoris, falsum modum dicentis*, contra quem, jure Romano, comparata est *actio in factum*, quæ est *actio Prætoria, personalis, rei persecutoria, qua læsi, à mensore doloso, damni restitutionem exigunt.* Oritur hæc actio ex dolo & culpa lata, & quidem sine prævio contractu, nam olim beneficii loco, mensionis opera saltem fuit exhibita, hinc etiam imperitia mensori non nocebat *l. 1 pr. §. 1. si mens. fals. mod.* Sed illæ tamen rationes non impediunt, quo minus *contractum mandati*, inter mensorem & contrahentes, asserere liceat *v. l. 3. §. 1. 5. si mensor fals. mod. l. 1. §. 1. 2. l. 2. l. 3. §. 4. l. 5. 6. 7. eod. l. 3. pr. §. 5. eod. j. l. 49. de O. & A. O. L. Obs. 1146.*

§. 14. Exigitur hac actione damni restitutio, sive id quod interest *l. 3. §. 1. si mens. fals. mod.* eaque opus est, si læsus, ab altero contrahente, suum consequi nequeat *l. 3. §. 2. 3. eod.* nec videtur mensor id, quod solvit, ab altero, in cujus emolumentum fraus cessit, repetere posse, ob præsumtam donationem, modo hic fraudis non fuerit conscius. Quodsi autem mensor cum altero contrahente, in alterius damnum, colluserit, tum læso, velut correi, videntur obligati, adeo ut hic, ab illo vel isto, solidum exigere queat, quo casu solvens ratam partem ab altero poterit recuperare *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 296. 376.* Præscribitur hæc actio 30. annis *l. 4. si mens. fals. mod.* Hodie ejus exiguus usus esse videtur, cum mensores plerumque locatione conductione assumantur, adeoque, tam ipsi quam hæredes *l. 49. de O. & A.* ex contractu, hoc conveniri queant, ac etiam de imperitia teneantur, cum ut artifices intervenerint *l. 9. §. 5. locat. l. 1. pr. §. 1. si mens. fals. mod.*

§. 15. Facienda quoque est mentio *Condictionis sine causa.* Hæc aliquando *nudum nomen* est, quod actionibus, proprio nomine jam insignitis, etiam applicari potest *l. 1. pr. §. 1. 2. l. 2. l. 4. de condict. sine caus.* aliquando vero, *peculiare remedium forense*, hoc sensu est *actio personalis, qua quis, rem ad se spectantem, ac ab alio, sine casa, detentam. exigit.* Causa autem vel ab initio statim cessat, hinc res furtivæ, à tertio possessore, hac condictione repetuntur §. 26. *I. de R. D.* vel ex postfacto tollitur: solutæ ergo quantitatis instrumentum, hæc actione exigitur *l. 2. C. de condict. ex leg. & sin. caus. add. l. 3. ff. eod.*

§. 16. Fundamentum est rei detentio, nullo titulo habili sub nixa, nam, hac posita, æquitas manifeste exigit, ut detentor rem alteri reddat, licet, ejus intuitu, nullus contractus vel delictum intercesserit ut non opus sit aliquem quasi contractum hic fingere, ex quo vulgo hanc condictionem deducunt *v.* LAUTERB. *C. J. de condict. sin. caus.* Cum autem hæc condictio præsupponat jus actoris quodammodo evidens, hinc dominium vel simile jus operose probandum non est *arg. l. 14. §. 3. quod met. caus.* quo nomine etiam hodie hæc condictio utilis *vid.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 373.*

§. 17. Referri etiam huc potest *Condictio ex lege*, quæ dicitur *actio personalis competens ad id, quod debetur ex obligatione, quam lex nova introduxit, sed de genere actionis, qua experiundum, nihil cavit.* Potissimum ergo datur ex pactis legitimis *v. l. 35. §. f. C. de donat.* LAUTERB. *C. J. de condict. ex leg.* Sed cum hodie pacta legitima non amplius occurrant, sed potius omnes conventiones, ex consensu, valeant, præterea sollicitudo fori Romani, circa actionum nomina, occurrens, hodie non sit necessaria, ideo neminem erraturum putem, si nominibus *actionis ex stipulatu, condictionis ex lege* & *ex moribus v. l. 2. c. 4. §. 33.* promiscue utatur *add.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 382.*

§. 18. Verbo quoque memoranda est *Condictio Triticiaria*, quæ dicitur *actio personalis qua quis rerum æstimabilium, ex quacunque causa debitarum, pretium, à debitore moroso exigit v.* LAUTERB. *C. J. de condict. tritic.* Ex quo liquet, non *peculiarem actionem*, sed *novum saltem nomen*, quo diversi generis actiones, suis nominibus jam notatæ, etiam efferri queant, ista descriptione proponi, eoque hodie nos facile carere posse *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 383. 384.* Ejus occasione quæritur *cujus temporis æstimatio præstanda sit?* Id quod jure civili incertum, sed hodie, sine discrimine contractuū, ea æstimatio præstanda est, quæ, à tempore moræ usque ad actualem præstationem, est maxima *v. d. Obs. 384. n. 2. 3.*

§. 19. Sæpe opponuntur *Jus actionis* & *officium judicis.* Illud est, quod palam inest conventioni & in actione exprimitur; Hoc, quod natura negotii implicite fert & per consequentiam *v. l. 7. de N. G. l. fin. de A. E. V. §. 9. I. de legat.* HUBER *in posit. ad I. de Off. jud. n. 5.* Inprimis per officium judicis solet intelligi *jus aliquod accessorium* quod sublato jure actionis, evanescit *l. 8. de eo quod cert. loc. l. 49. §. 1. de A. E. V. l. 4. C. depos.* Sed hodie jus, quod ex nuda æquitate descendit, tam constans est, quam illud quod ex verbis contractus oritur *v. cap. præc. §. 29. 30.*

LIBER

LIBER QUINTUS.

CAPUT I.

DE FURTO.

SUMMARIA.

§. 1.



DEveniendum est ad *delicta*, quæ res aliorum respiciunt, ac inde venientia *jura personalia*, iisque respondentes *obligationes* vid. *lib. præc. c. 1. §. 1.* In iis recensendis haut morabimur discrimen Romanum, quo, *privata*, *extraordinaria* & *publica*, illa esse perhibentur, nam illud hodie non obtinere, sed omnia delicta, pro publicis, recte haberi *l. 1. c. 14. §. 13.* jam admonitum est. Illud quoque extra reprehensionem erit, si nonnunquam ejusmodi delicta recenseamus, quæ ad res unicè non pertinent, sed ad alia etiam objecta se extendunt, aut quæ alio loco vel jam proposita sunt, vel proponi possunt, nam id delictorum illorum habitus permittit.

§. 2. Initium faciemus ab explicatione furti. Hoc est *fraudulosa rei alienæ contrectatio, invito domino, lucri causa, clam facta l. 1. §. 3. de*

furt. Requiritur ergo ad furtum (1.) *dolus* sive nocendi propositum *§. 2. I. de usucap. §. 7. I. de obligat. quæ ex delict. l. 36. 37. de usurp.* (2.) *contrectatio*, hinc cogitatio, verba aliaque facta furtum non inferunt *l. 1. §. 1. l. 52. §. 19. l. 67. l. 21. §. 7. de furt.* (3.) *domini dissensus*, nam alias dolus committi nequit *l. 145. de R. J. l. 48. §. 2. l. 46. §. 7. 8. l. 76. pr. de furt.* (4.) *intentio lucrandi*, alias contrectatio in aliud delictum degenerat *l. 1. §. 3. l. 53. pr. l. 39. pr. l. 82. §. 2. de furt.* (5.) *clandestinitas*, quo nomine à rapina, quæ in cæteris cum furto convenit, distingvitur *l. 2. §. 23. 24. de vi bon. rapt.*

§. 3. Contrectatio fit (1.) naturali rerum amotione *l. 2. §. 1. de tutel. & ration. l. 33. l. 52. §. 16. l. 45. ff. l. 7. 8. 19. C. de furt.* (2.) alienatione rei alienæ, scienter facta *§. 2. I. de usucap. l. 36. de usurp. l. 29. depos.* (3.) rei oppignoratæ subtractione vel fraudulenta alienatione, à debitore facta *l. 12. §. 2. l. 19. §. 5. 6. l. 66. de furt.* (4.) rei, ex justa causa detentæ, ad alium usum applicatione *l. 54. pr. §. 1. l. 67. pr. eod. §. 6. I. de oblig. quæ ex delict.* Sed hodie duplex posterior contrectatio ad furtum non sufficit *v. l. 2. c. 9. §. 21. l. 4. c. 11. §. 6. c. 12. §. 7.* De cætero potest contrectatio fieri vel immediate, vel mediate, dum furtum aliorum promovemus, vel inde aliquid participiamus *l. 50. §. 1. seqq. l. 52. §. 19. 22. 23. l. 54. §. 4. ff. l. 12. 14. C. de furt. v.* CARPZ. *Pr. Crim. p. 2. qu. 87.*

§. 4. Dividitur furtum (1.) à *furis deprehensione*, in manifestum & non manifestum *l. 2. seqq. l. 34. de furt.* licet autem illa divisio in *Ord. Crim. art. 157. 158.* quoque inculcetur, attamen, in Territoriis Germanicis, vix ejus aliquis est usus CARPZ. *p. 2. qu. 78. n. 8.* (2.) à *quantitate* in magnum & parvum *O. C. art.* 159. 161. CARPZ. *d. l. n. 16. seqq.* (3.) à *qualitate*, in simplex & qualificatum, nec non in primum & reiteratum *O. C. art.* 158. 159 CARPZ *qu.* 78. 79. *conf.* IDEM *qu.* 82. *n.* 39. LAUT. *C. J. de furt.*

§. 5. Dependet furtum à malitiosa delinquentis voluntate *l. 36. 37. de usurp.* ejus vero moralitas oritur à lege prohibente, tam naturali quam civili *v. l. 1. §. 3. de furt. l. 42. de V. S.* MATTH. *de crim. l. 47. tit. 1. c. 1. n.* 9 Furari ergo possunt omnes, qui usu rationis non destituuntur *v. l. 23. 33. ff. l. 3. 11. C. de furt.* & furtum fit omnibus, qui non consentiunt *v. §. 2. n. 3 h.* Objectum furti, sunt omnis generis res, in commercio & extra illud positæ *§. 9. I. de obligat. quæ ex delict.* etiam minimæ *§. 16. I. de R. D.* licet harum, in contractibus, ad effectum famosæ actionis concedendæ, nulla habeatur ratio *l. 9. 10. de dol.*

§. 6. Re-

§. 6. Requiritur verò (1.) ut res sit *mobilis*, immobilium non fit furtum *l. 38. de usurpat. §. 2. I. de usucap. l. 25. pr. de furt.* ad effectum tamen damni restituendi, etiam immobiles furto auferri possunt *d. l. 25. §. 1.* (2.) *aliena*, cujus scilicet dominium ad alium pertinet *v. l. 43. §. 4. seqq. de furt.* Jure tamen Romano dominus quoque furtum committit, si creditori pignus *l. 12. §. 2. l. 19. §. 5. 6. l. 78. eod.* vel usufructuario rem usufructuarium *l. 15. §. 1. eod.* aut bonæ fidei possessori, rem possessam *l. 20. §. 1. eod.* vel etiam commodatario similibusque rem detentam, quæ ob impensas retineri poterat, auferat *l. 15. §. f. l. 53. §. f. eod.* quæ hodie nullius usus esse arbitror *v. §. 3. h.* (3.) *possessa*, qualis etiam est, quæ ab alio nude detinetur *v. l. 1. §. 15. si is qui testam. lib. 68. 69. 70. de furt.* quod requisitum hodie quoque haut est necessarium *add.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 1200.* MATTH. *de crim. l. 74. tit. 1. c. 1. n. 3.*

§. 7. Si furtum *immineat*, ex naturali defensionis jure, se, contra illud, defendere licet, etiam cum internecione furis, si hic vitæ nostræ simul insidietur, vel res nostras, sine probabili recuperandi spe, sit ablaturus, facilius ergo fures nocturni, quam diurni occidi possunt *v. l. 4. §. 1. ad L. Aquil. l. 54. §. 2. de furt. l. 9. ad L. Cornel. de sicar. v.* CARPZOV. *p. 2. qu. 32. n. 37.* PUFENDORF. *de J. N. G. l. 2. c. 5. §. 17.* Si autem furtum *factum sit*, tum læsus jus quidem non amittit *l. 12. C. de furt.* bene vero rem ejusque possessionem *v. l. 5. de A. A. P.* Fur autem, ex jure naturali, obligatur ad *damnum resarciendum* ac ad *pœnam sustinendam*, quam lex positiva definit, ac rei furtivæ usucapionem inhibet *§. 2. I. de usucap. add.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 1201. 1202. 1203.*

§. 8. Quo autem effectus illi sequantur, furtum legitime *probari* debet *l. fin. C. de probat.* CARPZ. *p. 2. qu. 81. p. 3. qu. 114. 120. 122.* De cætero, ad exigendam damni restitutionem, datur *Condictio furtiva*, quæ est *actio personalis qua à fure ejusque hæredibus, res furtiva vel illius æstimatio repetitur. v. l. 5. l. 7. pr. §. 1. de cond. furt.* Est perpetua *l. 21. §. 5. rer. amot.* dicitur etiam condictio irregularis, quia domino adversus non dominum competit *§. 14. I. de action. l. 12. in fin. usufr. quemadmod. cav.* cum cæteræ condictiones dominii translationem præsupponant, quamvis hæc malis rationibus nonnunquam asseratur.

§. 9. Oritur condictio furtiva, ex *ipso delicto*, nam insolitum non est, ut ex uno facto, duplex obligatio, ad damnum restituendum, & pœnam excipiendam, veniat; Non opus ergo est, ut tricemur, ac illam, im-

mediate à lege, & dativam esse, dicamus. Habet autem locum, licet res furtiva casu perierit *l. 8. pr. §. 1. l. fin. ff. l. 2. C. de condict. furtiv.* nisi mora, in qua fur statim est, per realem oblationem fuerit purgata, vel novatione obligatio in aliam sit translata *l. 17. eod.* tum enim fur ex conventione obligatur adeoque casum non præstat.

§. 10. Datur condictio domino *l. 1. 11. de condict. furt. l. 14. §. 16. de furt.* & hæredi *l. 10. §. f. l. 11. de condict. furt.* dominium tamen hic probandum non est, sed sufficit, si possessio, & inde jus probabiliter præsumtum, doceatur *arg. l. 14. §. 3. quod met. caus.* Competit etiam creditori pigneratitio *l. 12. §. f. de condict. furt. l. 22. pr. de pign. action.* aliisque, quorum interest, rem non esse subreptam *l. fin. §. 3. C. de furt.* Circa eos tamen, qui jure reali destituuntur, in genere distingvendum est, utrum *res sine*, an *culpa eorum ablata sit.*

§. 11. Illo casu, solus dominus agit, hoc verò in ejus arbitrio est, utrum contra furem, an contra eos, qui ipsi, ex contractu obligati sunt, actionem velit instituere: Si *illud* fecerit suumque à fure consecutus sit, tum hi, & ratione domini liberantur, quia eorum culpa inefficax est, & contra furem agere nequeunt; si *hoc*, ac hi æstimationem præstiterint, tunc iis merito contra furem est concedenda condictio, quo damni restitutionem, quantum fieri potest, ab eo obtineant, fur enim primario obligatur: Tricarum Romanarum, de condictione certi & incerti, hodie nulla est utilitas *add.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 374. 375.*

§. 12. Datur condictio furtiva contra furem & raptorem *l. 5. 10. pr. §. 1. de condict. furt. l. 2. §. pen. de vi bon. rapt.* etiam contra auxiliatores *l. 53. §. 2. de V. S.* non tamen statim *l. 6. de cond. furt.* sed in subsidium. Plures, ut correi debendi, obligantur *l. 1. C. de condict. furt.* CARPZ. *p. 4. C. 34. D. 5.* hinc unius præstatio omnium obligationem perimit *d. l. 1. C. de cond. furt.* neque competit uni convento, exceptio divisionis ex sententia interpretum *v.* LAUTERB. *C. J. de condict. furt. lit. P.* quod, favore domini, hactenus admitti potest, nisi omnium solutio in promtu sit. Qui solidum solvit, à compare, ratam partem repetere potest, licet vulgò dissentiant *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 376.*

§. 13. Competit etiam contra furis hæredes, licet infantes & furiosi sint l. *2. de condict. furt.* nam quamvis hi, ex proprio facto, non obligentur *l. 23. 24. de furt.* ex transmissa tamen obligatione tenentur. Datur vero contra hæredes in solidum *l. 7. §. 2. l. 9. de condict. furt.* quod æqui-

æquitati est consentaneum, licet à regula juris Romani, de obligationum transmissione, abeat. Si fur laqueo suffocatus sit, adhuc, hæredes in solidum teneri, ex rationibus juris civilis, vulgo volunt *l. 7. §. 1. de condict. furt. l. 45. pro soc. l. un. C. quand. civil. act. crim.* Sed in Saxonia hoc casu hæredes non tenentur, si res furtiva ad eos non pervenerit *v. Decis. Sax. 86.* CARPZ. *p. 4. C. 32. D. 23. Pr. Crim. p. 2. qu. 80. n. 104. add.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 377.*

§. 14. Contra successores singulares condictio furtiva institui nequit, nam furis obligatio in eos non transit *l. 5. de condict. furt.* ob rei furtivæ tamen possessionem conveniri possunt, condictione sine causa *§. 26. I. de R. D. v. l. 4. c. 22. §. 15. 16.* Quodsi bonæ fidei possessor rem alienaverit, vel consumserit, eatenus tenetur, quatenus est factus locupletior *v. Decis. Saxon. 87.* quod tamen de eo casu accipiendum videtur, si læsus à fure damni restitutionem obtinere nequeat.

§. 15. Petitur res furtiva cum omni causa, licet in aliam formam mutata sit, nullis refusis expensis *l. 3. l. 8. pr. §. 2. l. 13. de condict. furt. l. 1. C. de infan. expos. l. 2. C. de fruct. & expens. lit.* Si res non extet, petitur æstimatio, quanti res plurimi fuerit à tempore commissi delicti *l. 3. l. 8. pr. §. 1. l. 16. de condict. furt.* seu accipiendi judicii *l. 2. §. 3. de priv. delict.* licet æstimatio cura & sumtibus furis creverit *l. 13. de condict. furt.* nam in illud damnum consensit, potest etiam æstimatio fieri jurejurando in litem *l. 9. de in lit. jur. add.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 378. 379.*

§. 16. Concurrit cum condictione furtiva elective Rei vindicatio *l. 7. §. 1. de condict. furt. §. fin. I. de oblig. quæ ex del.* hæc tamen etiam contra tertium potest institui *v. l. 2. C. de furt. Landrecht. l. 2. art. 36. l. 3. art. 7.* ARUMÆ. *ad A. B. discurs. 5. §. 6.* Aliquando depositi, commodati, pro socio vel similis actio, cum illa, concurrit *l. 16. de condict. furt. l. 5. §. 8. commod. l. 40. 71. 76. de furt. l. 29. depos. l. 45. pro soc.* quod tamen hodie non in distincte obtinere, ex *§. 3. h.* intelligitur.

§. 17. Consvetudinem, qua res furtiva Magistratui addicitur, esse irrationabilem, ex communibus æquitatis principiis intelligitur *v. Ord. Crim. art. 207. 218. R. J. de anno 1559. §. und nachdem an etlichen 35.* CARPZ. *p. 2. qu. 80. n. 10. seqq.* MATTH. *de crimin. l. 47. tit. 1. c. 4. n. 4.* Ob expensas tamen in rem factas, eam Magistratus tamdiu retinere potest, donec ipsi, eo nomine satisfiat *Ord. Crim. art. 207. 213.* Non idem dicendum de expensis, in inquisitionem & executionem factis, has enim Magistratus à læso repetere nequit, licet, ad hujus petitionem, processus

fue-

fuerint institutus *v.* Dn. Lyncker *Res Decis. Jenens. p. 1. D. 310.* quamvis alii dissentiant *v.* Richter *Dec. 96. n. 175. seqq. conf.* Observ. Lauterb. *Obs. 380. 381.* Hodie obligatio ad damnum restituendum dubio procul adhuc obtinet, sed condictio, processu civili tractanda, eo fine non facilè instituetur.

§. 18. Pœna furum est vel civilis vel criminalis; Ad illam exigendam datur *actio furti*, quæ est *personalis & pœnalis, competens omnibus, quorum, sine dolo proprio, interest, contra furem, ad pœnam dupli vel quadrupli læso adjudicandam §. 5. 13. 19. I. de oblig. quæ ex del. v.* Lauterb. *C. J. de furt. lit. E.* Aliquando condictio furtiva, etiam actio furti dicitur *l. 9. de in lit. jur. l. 14. §. 16. l. 71. pr. de furt. l. 3. §. fin. naut. caup. stabular.* Cæterum illa actio furti probabiliter in Germaniam non est recepta hinc de ea multa dicere non attinet *v.* Observ. Lauterb. *Obs. 1204. 1205.* Carpz. *p. 2. qu. 77. n. 5.* Lauterb. *C. J. de furt. lit. l. n.*

§. 19. Criminaliter puniuntur fures, vel pœna pecuniaria, fisco applicanda, vel corporis afflictiva *l. fin. de furt.* quæ tamen jure civili nunquam ad membri abscissionem, multo minus ad mortem extendebatur *Nov. 134. c. fin. auth.* sed novo jure *C. de serv. fugit.* Verum legibus Germanorum pœna mortis est introducta *II. f. 27. §. 8. Landrecht. l. 2. art. 13. Ord. Crim. art. 157. seqq.* Carpz. *p. 2. qu. 77.* quæ tamen non indistincte obtinet, hinc, juxta sanctionem Ordinationis Criminalis Carolinæ, diversitas furti est observanda.

§. 20. Si furtum sit *qualificatum*, in quo scilicet effractio violenta & arma intervenerunt, tum mas suspenditur, fœmina in aquis suffocatur, aut aliquando pœna corporis afflictiva coercetur *Ord. Crim. art. 159. v.* Carpz. *p. 2. qu. 79.* Si vero sit furtum *simplex primum* & *parvum*, quod non continet 5. aureos sive ducatos, tum pro diversitate furti manifesti & non manifesti, imponitur pœna *art. 157. 158.* Sed hodie, neglecto illo discrimine, arbitrarie id furtum punitur Carpz. *p. 2. qu. 78. n. 97.* Quodsi *magnum* sit, ac quinque aureos contineat, vel etiam, in Saxonia, quantitatem illam excedat Carpz. *d. l. 106.* fur suspenditur, modo circumstantiæ nonnullæ concurrant *art. 160.* Carpz. *d. l. n. 13. seqq.*

§. 21. Furti secunda vice facti, pœna, ex quantitate, statuitur, adeoque parvum & magum punitur secundum doctrinam modo datam. Si vero tertia vice fiat, ita ut, propter præcedentia, semel minimùn fur sit punitus, tum ob tertium,

tium, indiſtincte ſuſpenditur *art. 162.* In Saxonia tamen debita quantitas requiritur CARPZ. *p. 2. q. 78. n. 76. ſeqq.* Cum autem pœna capitalis furti, dura ſit, ideo, ob minimas circumſtantias, judicem, in ſententiam mitiorem, jubent eſſe proclivem CARPZ. *qu 80. ſeqq.* LAUT. *C. J. de furt. in fin. v. l. 65. de furt.* CARPZ. *p. 4. C. 32. D. 16.*

§. 22. Solet etiam in genere, de moralitate illius pœnæ, diſputari *v.* CARP. *qu.* 77. & licet illa ita ſimpliciter improbari nequeat, quin tamen dura illa ſupplicia morbum Reipublicæ arguant, ac fures rectius ergaſtulo, quam morte, puniantur, non dubito. Præterea vero incertitudo hujus Legiſlationis laudari non poteſt, hanc enim, pluribus exceſſibus vel introducendis, vel palliandis, inſervire manifeſtum eſt, ut ſæpe miſeri fures mori debeant, non quod utilitas Reipublicæ hoc exigat, ſed quo ambitioni nonnullorum ſatisfiat.

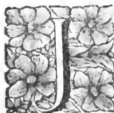
§. 23. Stante interim illa pœna, quæri ſolet, utrum *fur, rupto laqueo, decidens, dimittendus, an ſuſpendendus ſit?* Prius aſſeruit DN. COCCEJ. *in diſſertat.* de proport. furti ac ſuſpendii rupt. laqu. *hab. Francof. 1697.* Verum uti dubitari non debet, quin caſus ejusmodi Imperantis clementiam provocare, ac diſpenſationem operari queat, ita veroſimile non eſt, judicem, qui jurisdictioni criminali præeſt, furem dimittere poſſe, ejus enim non eſt, ſententiam latam mutare, ſed exequi, hactenus vero ſententiæ ſatisfactum eſſe, idonea ratione probari nequit *v. Ord. crim. art. 192.*

§. 24. Cum remediis pœnalibus, condictio furtiva concurrit cumulative *l. 7. §. 1. de condict. furt. l. un. C. quand. civ. act. crim. præjud.* hinc etiam fur puniendus, non prius ex carcere dimitti debet, quam rei furtivæ nomine ſatisfecerit, quo fine etiam pignus tacitum læſo tribui ſolet *v.* CARPZ. *p. 2. qu. 80. n. 119.* quod tamen dubium *v.* IDEM. *p. 1. C. 28. D. 118. n. 4.* LAUTERB. *C. J. de condict. furt. lit. SS.* De cætero uti pœna differri non debet, ſi reus, ob inopiam, damnum reſarcire nequeat, ita in Saxonia gravior pœna, cum damni reſtitutione, non concurrit CARPZ. *qu. 80. n. 100. ſeqq. p. 4. C. 32. D. 23.*

CAPUT II.
DE VARIIS FURTI SPECIEBUS.

SUMMARIA.

§. 1.



Ure Romano furtum, delictum privatum est, adeoque delicta mox recensenda, pro ejus speciebus, indistincte haberi non possunt. Sed nulla cogit necessitas, ut hodie istas angustias sectemur, cum furtum, sit delictum publicum, hinc recensio nunc instituenda, extra reprehensionem erit. Imo nec de eo valde erimus solliciti, an omnia furti requisita, in singulis exemplis, exacte occurrant, in ista enim minutiarum consectatione, nulla utilitas consistit, hinc, æstimatione magis morali, quam civili, delicta expendere, fas erit.

§. 2. Eo poterit referri (1.) *furtum Conjugum*, circa quod, jure Romano, diversi casus sunt discernendi. Si enim (1.) res auferantur, matrimonio soluto, in ordinarium furti crimen, illa amotio videtur incidisse, nisi forte administrandi occasio conjugem excuset *l. 33. de N. G. l. 17. C. de furt. l. pen. ff. l. 4. C. expil. hæred. v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 789.* (2.) matrimonio constante, hoc casu, de damno restituendo solum fuit actum, *l. 25. rer. amot.* & recurrunt vulgo, ad condictionem ex *l. 32. de R. C.* Si autem (3.) amotio fiat, constante quidem matrimonio, sed ob spem divortii vel mortis, tum, soluto matrimonio, datur actio rerum amotarum, eaque vel directa, vel utilis *l. 17. pr. l. 21. 25. rer. amot. v.* LAUTERB. *C. J. rer. amot.*

§. 3. Sed ultimus casus, induitu divortii, hodie amplius non occurrit, hinc etiam cessat actio rerum amotarum directa *v.* OBSERV. LAU-

LAUTERB. *Obſ. 788.* In cæteris manet obligatio ad damnum reſarciendum, imo conjux auferens puniri quoque poteſt, pœna tamen corporis afflictiva aut ſuſpendii locum non habet, quod etiam dicendum (II.) *de furto liberorum aliorumque propinquorum*, qui mitiori pœna quoque affici ſolent *v.* CARPZ. *p. 2. qu. 82. n. 39. ſeqq.* Jure civili Pater liberos, proprio jure puniebat *l. 16. 17. de furt.* niſi haberent peculium caſtrenſe *l. 52. §. 5. cod. l. 4. de judic.* ſed nec hoc hodie alicujus eſt uſus.

§. 4. Referenda huc (III.) *expilatio hæreditatis*, quæ ſcilicet nondum ab aliquo poſſidetur, licet adita ſit *l. 2. §. 1. expil. hæred. l. 23. de A. A. P.* quo nomine hoc delictum a furto differt; defectus autem poſſeſſionis, delicti quantitatem intendit *l. 12. C. ex quib. cauſ. infam.* adeoque etiam expilatio, pro crimine extraordinario, habetur. Sed hodie, a furto, neque quoad qualitatem, neque quantitatem, differt.

§. 5. Committunt hoc delictum omnes doli capaces, etiam cohæredes & conjuges, *v. l. 45. pro ſoc.* quoad hos tamen delictum hoc non facile præſumitur *l. 1. pen. ff. l. 4. C. expil. hæred. l. 17. C. de furt. l. 33. de N. G. l. 51. pro ſoc. l. 3. C. fam. erciſc. v.* CARPZOV. *qu. 83. n. 83.* OBSERV. LAUTERB. *Obſ. 1272. ſeqq.* Obligatur autem expilator ad damnum reſtituendum *l. 7. §. 1. de condict. furt. l. 2. §. 1. expil. hæred. v. O. L. Obſ. 1276.* & ad pœnam extraordinariam *l. 1. l. 2. §. 1. ff. l. fin. C. expil. hæred.* Hodie pœna furti obtinet, quæ tamen, quoad cognatos & cohæredes, ad mortem aut fuſtigationem non extenditur *Ord. Crim. art. 165. v.* STRYK. *in not. ad Lauterb. expil. hæred.* OBSERV. LAUTERB. *Obſ. 1275.*

§. 6. Huc quoque pertinet (IV.) *furtum arborum, herbarum rerumque ſimilium*, quod conſveta furti pœna coerceri ſolet *v.* CARPZ. *qu. 83. n. 21. ſeqq.* (V.) *furtum eduliorum, ex famis neceſſitate factum*, in hoc etiam pœna furti obtinet, ut tamen ad mortem non extendatur *Ord. crim. art. 166.* CARPZ. *d. l. n. 38. ſeqq.* niſi quis, in pari calamitate conſtitutis, alimenta ſubtrahat *v.* MATH. *de crimin. l. 47. tit. 1. c. 1. n. 7.* Sed ea procedunt, ubi vera neceſſitas non ſubeſt, alias, in caſu veræ neceſſitatis, ablatio rei alienæ, nec furtum eſt, nec puniri poteſt *v.* OBSERV. PUFEND. *Obſ. 147.*

§. 7. (VI.) *Spoliatio cadaverum*, hæc etiam pœna furti coercetur, ut

ut tamen ad ſuſpendium non deveniatur CARPZ. *qu. 83. n. 53. ſeqq.* OBSERV. LAUTERB. *Obſ. 1253.* (VII.) *Terminorum amotio*, hanc etiam furti ſpeciebus annumerari poſſe, vel ex *§. 6. l. de offic. jud.* patet. Apud veteres, termini ſacri erant, hinc ſuperſtitio auxit crimen *vid.* MATH. *de crimin. l. 47. tit. 14. c. 1.* Varie autem delictum hoc punitum fuit *l. 1. ſeqq. de term. mot.* MATH. *d. l. c. 2.* Hodie arbitraria pœna coercetur *Ord. crim. art. 114.* CARPZ. *qu. 83. n. 67. ſeqq.*

§. 8. (VIII.) *Plagium* i. e. furtum hominum. Punitur hoc ultimo ſupplicio *Deut. 24. 7. l. fin. C. ad L. fab. de plag.* CARPZ. *qu. 83. n. 90. ſeqq.* eſt tamen illa pœna diſpenſabilis, cum lege divina univerſali non ſit conſtituta. (IX.) *Plagium literarium*, quo quis ſcripta alterius, ſuppreſſo autoris nomine, compilat, eademque pro ſuis venditat. Poteſt etiam haberi pro injuria, quæ alteri infertur, cumque hoc delictum ſit plerumque incertum ac inefficax, ideo de ejus pœna, in foro civili, nihil fere auditur *add.* OBSERV. LAUTERB. *Obſ. 1361. 1362.*

§. 9. (X.) *Furtum ferarum & piſcium.* Hæc animalia, licet adhuc in naturali libertate vagentur, ex veriori tamen ſententia, perinde ſunt in dominio Reipublicæ, ac res aliæ, in dominio privatorum *vid.* SPECIM. JURIS PUBLIC. *l. 3. c. 7.* Eorum igitur furtum, juxta ordinarias regulas, puniendum videtur, niſi forte, temperandæ pœnæ, delinquendi occaſionem, quam conditio iſtorum animalium ſuppeditat, velis allegare. Vulgo ſane pœnam ſuſpendii, quoad furtum animalium, in libertate naturali vagantium, negant, niſi expreſſa lege illa ſit introducta, de cujus tamen moralitate, itidem diſputari ſolet *v.* CARPZ. *p. 2. qu. 84.*

§. 10. (XI.) *Crimen reſidui* i. e. pecuniæ publicæ, ab adminiſtratore, facta interverſio *l. 2. 4. §. 3. l. 9. §. 6. ad L. Jul. pecul.* Reus jure civili, amplius tertia parte, quam debet, punitur *l. 4. §. 5. eod.* Hodie pœna arbitraria obtinet, non vero ſuſpendii, niſi lege hoc expreſſe cautum ſit CARPZ. *p. 2. qu. 85.* quod in Saxonia Electorali factum, ubi adminiſtratores pecuniarum publicarum, centum florenos Miſnicos, in uſum proprium, doloſe convertentes laqueo puniuntur *p. 4. C. 41.* CARPZ. *d. l. n. 18. ſeqq.* facta tamen reſtitutione, illa pœna merito ceſſare debet *v.* BERGER *in reſolut. ad Lauterb. ad L. Jul. pec. qu. 2.*

§. 11. (XII.) *Abuſus rei depoſitæ, commodatæ vel oppignoratæ.* Sed hunc

hunc vix pro furto haberi posse, jam admonui *c. 1. §. 3. n. 4.* hinc remissiori pœna inprimis hic opus erit. Aliud tamen dici potest, si hæres dolose alienentur, aut consumantur, nam tale factum graviorem pœnam, non tamen laqueum, meretur CARPZ. *d. qu. 85. n. 65. seqq.* (XIII.) *Perfidia tabellarii, pecuniam concreditam, dolose intervertentis*, quæ arbitrarie punitur, in Saxonia Electorali, aliquando etiam ultimo supplicio *p. 4. C. 41.* CARPZ. *d. l. n. 74. seqq.* (XIV.) *Rei inventæ dolosa retentio*, quæ itidem pœnæ arbitrariæ subest CARPZ. *p. 2. qu. 86.*

§. 12. (XV.) *Peculatus* i. e. furtum rei publicæ ab extraneo, vel ipso administratore commissum *l. 4. pr. l. 9. §. 2. ff. l. un. C. ad L. Jul. peculat. §. 9. I. de publ. judic. v.* OBSERVAT. LAUTERB. *Observ. 1356.* MATH. *de crimin. l. 48. tit. 10. c. 1.* Pœna ejus jure civili est quadruplum, quod ab hærede etiam exigitur *l. 6. §. f. l. 13. 14. ad L. Jul. pecul.* est quoque pœna deportationis *l. 3. cod.* & ultimi supplicii *l. un. C. cod.* MATH. *d. l. c. 2.* præscribitur quinquennio *l. 7. eod.* Hodie peculatus, a furto, separari amplius non debet, sive factum, sive pœnam spectes *v.* THEODORIC. *Colleg. crim. c. 9. aph. 3.* hinc nec præscriptio quinquennalis amplius obtinebit, sed peculatus, juxta regulam *l. 12. C. de fals.* judicandus erit.

§. 13. (XVI.) *Sacrilegium*, quod hodie committitur, si vel res sacra, vel aliquid, ex loco sacro, surripiatur *c. 20. C. 17. qu. 4. Ord. Crim. art. 171.* quam definitionem redolere papatum, satis quidem manifestum est. Jure civili Sacrilegium est, si quis rem sacram, ex loco sacro surripiat *l. 4. pr. §. 1. l. 5. l. 9. §. 1. l. 10. §. 1. ad L. Jul. pecul. l. 16. §. 4. de pœn.* Punitur eodem jure arbitrarie, aliquando etiam morte *l. 4. §. 2. l. 6. pr. l. 10. §. 1. ad L. Jul. pecul. v.* MATH. *de crim. l. 48. tit. 10. c. 3. 4.* Hodie vero, juxta tres sacrilegii species, pœna statuitur.

§. 14. Si ergo res sacra, ex loco sacro, surripiatur, pœna mortis imponi solet *Ord. Crim. art. 172.* Jure Saxonico, rotæ supplicium obtinet *Landr. l. 2. art. 13.* licet sine effractione sacrilegium sit factum aut eleemosynarum arca reserata, ac aliquid inde ablatum sit, vel etiam plures sacrilegi fuerint, nam hos omnes rotæ pœna manet. Cessat tamen ille rigor, quoad eos, qui in excubiis stant, aut sacrilegio commisso, opem ferunt, vel si circumstantiæ mitiorem sententiam

exigant, v.gr. si modica res, sine effractione, surrepta sit *v.* CARPZ. *p.2.qu.89.* hinc ei restitutio pœnam fortassis etiam mitigabit.

§.15. Si vero res sacra, ex loco profano, vel profana, ex loco sacro, auferatur, tum, pœnam furti obtinere, vulgo volunt, quod etiam, de jure Saxonico, verum putat CARPZ. *d.l. n.71.seqq.* Pro diversa igitur rei ablatæ quantitate, nunc pœna suspendii, nunc alia arbitraria locum inveniet, hinc rei restitutio sacrilego dubio procul vitam conservare apta est. Si superstitionem tollas, in genere sacrilegium a furto non differt, nam in rebus sacris, nulla qualitas occurrit, quæ delicti quantitatem intendat, præterea dominium earum ad Ecclesiam parochialem pertinet, hinc non major in sacrilegio est atrocitas, quam si collegio alicui vel homini privato, res aliqua auferatur.

§.16. (XVII.) *Annonæ vexatio*, qua eorum, quæ ad victum sunt necessaria, caritas malitiose introducitur *l. 2. de L. Jul. de ann. l. 6. de extraord. crimin. l. 1. §. 11. de offic. præf. urb.* Apud Romanos tam pro delicto *extraordinario*, quam *publico*, imo aliquando, pro *specie falsi*, illa videtur fuisse habita *l. 6. de extraord. crim. junct. t. t. de ann. v.* MATH. *de crimin. l. 48. tit. 9.c.1.* quæ diversa æstimandi ratio nullius usus est. Dicitur etiam *Dardanariatus*, quamvis dardanarii, ab annonæ fraudatoribus, quoque differant; hi annonæ saltem, illi vero quarumvis rerum caritatem introducunt *l. 6. de extraord. crim.* hinc etiam Pantapolæ dicuntur MATH. *d.l.* OBSERV. LAUTERB. *Observ. 1248.* STRUV. *S. J. C. exerc. 48. th. 80.*

§. 17. De cætero annonæ fraudationem tendere ad aliorum, præcipue egenorum, læsionem, ac, morali æstimatione, furti speciem, &, jure naturali etiam, prohibitam esse, facile liquet, quia tamen delictum hoc, certam personam non respicit, adeoque læsio, ratione certi subjecti, vix demonstrari potest, ideo, de damno restituendo, nulla solet esse quæstio. Pœna autem ejus est arbitraria: negotiationis interdictio, relegatio, in metallum damnatio *l. 6. pr. de extraord. crim.* multa *l. 2. §. f. de annon.* similisque *l. 37. de pœn.* MATH. *d.l.c.2.* Sed cum læsio hîc sit subtilior, ac, sub specie recti, delictum hoc exerceatur, ideo pœna quoque raro infligitur.

§. 18. (XIIX.) *Crimen Saccu lariorum;* hoc nomine Sectores Zonarii, sive Bursicopi, quos vocant, ut & præstigiatores intelliguntur

l. 7.

l. 7. de extraord. crim. (XIX.) *Directariorum*, five furum in aliena cœnacula, furandi animo, fe dirigentium *d. l. 7. v.* Dn. Stryk. *dissert. de directar. hab. Francofurt. 1667.* (XX.) *Furtum balneariam*, quo veftimenta ex publicis balneis furripiuntur. Omnia hæc delicta, furto fimplici, graviora habebantur *d. l. 7. de extraord. crim. l. 1. feqq. de fur. balnear.* Math. *l. 47. tit. 11. c. 1. 2.* Observ. Lauterb. *Obf. 1268.* fed hodie, pœna furti coercenda videntur, modo de iis certo conftet *vid.* Carpz. *p. 2. qu. 81. n. 32.*

§. 19. (XXI.) *Abigeatus* i.e. furtum pecorum, five plenius: crimen extraordinarium, quo quis pecudes, & quidem minimum, unum elephantem, camelum, equum, equam, bovem, vaccam, mulum, duos vel tres afinos, porcos quatuor vel quinque, decem capras aut oves, five uno actu, five pluribus, ftudio & induftria, de pafcuis vel armentis furatur. Varie jure civili punitum fuit *v. l. 1. feqq. de abig.* Math. *de crim. l. 47. tit. 8. c. 1. 2.* Dn. Thomas *difp. de Abigeis hab. Lipf. 1687.* Sed hodie, cum pœna furti fatis dura fit, adeoque nulla ratio, furtum & abigeatum feparandi, amplius fuppetat, hinc, iftam Romanorum, quoad abigeatum ejusque pœnam, follicitudinem ceffare, ac illum pœna furti coerceri, confequitur *vid.* Carpz. *p. 2. qu. 86. n. 26. feqq.*

Caput III.
DE VI.

SUMMARIA.

Vis diverfa fuppofitio, definitio & divifio §. 1.
Diftinctionis in vim publicam & privatam §. 2.
Nullus hodie videtur ufus §. 3.
Vis compulfiva requirit vim injuftam §. 4. 5.
Inde datur exceptio §. 6.
Et actio quod metus caufa §. 7.
Ejus fubjectum §. 8.
Et objectum §. 9.
Sub vi compulfiva comprehenditur concuffio §. 10.
Indoles vis ablativæ §. 11.
Inde oritur actio vi bonorum raptorum §. 12.
Species rapinæ eft ex expilatio, & obfeffio viarum §. 13.
Sub vi offenfiva §. 14.
Continetur percuffio in loco privilegiato facta, aliæque injuriæ §. 15. 16.
Vis expulfiva §. 17.
Et turbativa §. 18.
Crimen fractæ pacis §. 19.
Ejus pœna §. 20. 21.
Præludia vis injuftæ funt fcopelismus & diffidatio §. 22.
A qua differt nuda minitatio §. 23.

§. 1.

§. 1.



Is in genere est, *majoris rei impetus, qui repelli non potest l. 2. quod. met. cauſ. ſed cui potius homines & instituta humana cedere debent.* Aliquando illa *in alia delicta incidit, eorumque partem constituit*, nam datur v. gr. furtum vel stuprum violentum, aliquando vero *proprium delictum efficit*, vel minimum *peculiarem denominationem ei conciliat*, quo sensu hic consideratur. Distinguitur (1.) *a forma*, in *compulsivam, ablativam, offensivam, expulsivam* & *turbativam* (2.) *a quantitate*, in *levem* & *gravem*, quæ diversa quantitas, in singulis speciebus, modo relatis, occurrere potest.

§. 2. Jure Romano, vis levior, *delictum privatum*, gravior vero, *publicum* audit, quæ posterior, iterum gradibus distincta, in vim *publicam & privatam* dispescitur; Illa, ex receptiori sententia, fit armis, hæc sine illis THEODOR. *Colleg. crim. c. 6. aph. 7. n. 5.* MATH. *de crim. l. 48. tit. 4. c. 1.* CARPZ. *p. 1. qu. 40. n. 4. seqq.* Alii tamen vim publicam, non tantum ex armis, sed &, ex persona inferente *l. 7. ad L. Jul. de vi publ.* ex objecto *l. 10. pr. l. fin. eod.* ac ex loco æstimant *v.* LAUT. *C. J. ad L. Jul. de vi publ.*

§. 3. Tota illa sollicitudo hodie nullius usus est, nam omnia delicta, sunt publica, præterea pœna in singulas species, quæ a forma oriuntur, fere constituta est, quodsi autem diversa quantitas pœnam augeat vel minuat, tum illa, arbitraria plerumque est, & nihil refert, sive ob publicam, sive privatam vim, aliquem puniri dicas. Denique si quædam vis gravior, peculiari pœna coerceatur, tunc itidem satis est, si species illa, cum sua pœna notetur, nihil autem refert, publicam an privatam vim, eam dicas *conf.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 1329. 1330.*

§. 4. Singulas species *§. 1. n. 1.* notatas, breviter perlustrabimus. Vis compulsiva est *delictum, quo quis, repræsentato malo, aliquem, ad actum, cogenti utilem, suscipiendum compellit.* Requiritur igitur, ex parte *agentis*, vis injusta & atrox, quam vir constans merito extimescat *l. 3. §. 1. l. 21. pr. ff. l. 9. C. quod met. cauſ.* minæ adeo verbales non sufficiunt, nisi effectus statim sequi possit *l. 7. 9. C. eod.* Exinde, in *patiente*, oritur metus, qui verus & præsens esse debet *l. 6. 9. quod met. cauſ.* qualis est metus mortis, *l. 3. §. 1. eod. l. 3. ex quib. cauſ. major.* servitu-

vitutis & carceris *l.* 8. *§.* 1. *l.* 22. *l. fin. §.* 1. *quod met. caus.* stupri *l.* 8. *§.* 2. *eod.* paupertatis, sive amittendorum bonorum *c.* 2. *X. quod met. caus.*

§. 5. Vanus autem & imaginarius metus hic non sufficit *l.* 6. *quod met. caus.* de quo, ex causa movente, judicari debet. Timor igitur infamiæ & vexationis *l.* 7. *eod.* ut & potentiæ vel reverentiæ *l.* 6. *C. eod. l.* 22. *de R. N.* verus non est, nisi vis injusta accesserit *l.* 11. 12. *C. quod met. caus.* Inprimis ille metus nullius effectus est, quem vis justa excitavit *l.* 3. *§.* 1. *quod. met. caus. l.* 4. *§. f. ff. de dol. & met. except.* Illud nihil refert, in se quis veritus sit vim, an in liberis *l.* 8. *§. fin. quod met. caus.* quemadmodum etiam in delicto deprehensus, vim injustam pati potest *l.* 7. *§.* 1. *l.* 8. *eod.* Cum igitur sæpe vis injusta, eludendæ promissioni, allegari soleat, ideo assertionibus ejusmodi non statim fides est habenda, sed legitima probatio exigenda *l.* 14. *§.* 3. *l.* 23. *pr. eod.*

§. 6. Uti autem actus, vi injusta, extortus, validus non est, nec coacto aliquod præjudicium afferre debet, de quo dictum *l.* 1. *c.* 18. *§* 22. *l.* 2. *c.* 4. *§.* 46. 47. ita hoc loco effectus delicti considerandus est. Nimirum cogens, si nondum aliquid consecutus sit, sperato lucro excidit, ac tam ipse, quam qui ab eo causam habent, si aliquid petant, *exceptione metus* repelluntur *l.* 9. *§.* 9. *l.* 14. *§.* 6. *quod met. caus. l.* 7. *§.* 1. *de except. l.* 4. *§.* 33. *de dol. mal. except. conf.* OBSERV. LAUTERB. *Obs.* 1132. 1133. si vero rem acceperit cogens, tam ipse quam alius possessor conveniri potest.

§. 7. Competit eo fine actio realis *l.* 9. *§.* 4. *l.* 21. *§. f. ff. l.* 3. *C. quod met. caus.* & personalis, nempe *actio quod metus causa*, quæ dicitur *actio prætoria, personalis, in rem scripta arbitraria, competens læso & hæredibus, adversus lædentem, & quemvis rei amissæ possessorem, ad rem recuperandam, vel, accedente contumacia, ejus quadruplum consequendum.* Oritur ex delicto, perinde sicut condictio furtiva ex furto, hinc etiam non alio sensu Prætoria dicitur, quod Prætor eam confirmaverit, ac pœnam ei adjecerit.

§. 8. Datur vim passis & hæredibus *l.* 14. *§.* 2. *l.* 16. *§.* 2. *quod met. caus.* adversus lædentes, licet tertius rem possideat *l.* 14. *§.* 5. *eod.* aut hæc perierit *l.* 18. *§.* 1. *de dol. l.* 1. *C. quod met. caus. l.* 8. *§.* 1. *de condict. furt.* plures, ut correi obligantur *l.* 14. *§. fin. l.* 15. *seqq. quod. met. caus.* contra hæredes datur, quatenus aliquid ad eos pervenit *l.* 16. *§. f. l.* 17. 19.

cod. sed, juxta æquitatem, ad exemplum condictionis furtivæ, in solidum dari debebat. Extenditur etiam contra tertium, bonæ fidei possessorem *l. 14. §. 3. 5. l. 18. eod.* hoc tamen casu, ejus fundamentum non est *delictum*, sed *ipsa rei possessio*, perinde sicut se res habet in condictione sine causa, nam revera Romani duas actiones, quas in furto etiam distingvunt, hic uno nomine complectuntur.

§. 9. Si intra annum utilem agatur, tum res cum omni causa repetitur *l. 12. pr. l. 14. §. 7. quod met. caus.* aut, reo sententiæ judicis non parente, quadruplum exigitur *d. l. 14. §. 1. 3. 7.* post annum vero, actio in simplum saltem conceditur *l. 14. §. 1. l. 17. 19. ff. l. 4. C. eod.* si coactus, pro re sua, aliquid acceperit, id cogenti regulariter reddere tenetur *l. 3. 4. 11. C. eod.* quod vero tertius possessor, pro re accepta, aliis solvit, id a coacto, rem suam repetente, petere non potest *l. 3. 23. C. de R. V. conf.* LAUTERB. *C. J. quod met. caus.* Hodie pœna quadrupli cessat, & compulsores potius ultimo supplicio, ad exemplum raptorum, puniuntur CARPZ. *p. 2. qu. 90. n. 66. seqq.* hinc etiam nomen *actionis arbitrariæ* hodie est otiosum.

§. 10. Species vis compulsivæ, est *Concussio*, i. e. *vis injusta, sub specie justi, rei alicujus extorquendæ gratia, illata;* Nam hac ratione concussio, a vi compulsiva, in specie sic dicta, distingvi potest, hæc enim mortem, stuprum, incendium similiaque mala ostendit, sed illa mandatis, accusationibus, pœnis aut officio terret *v. l. 1. l. 2. de concuss. l. 6. §. 3. 5. de offic. Præs. l. 8. de calumn. l. 3. C. de condict. ob turp. caus. l. 4. C. ad L. Jul. repet. v.* MATH. *de crimin. l. 47. tit. 7. c. 1.* Obligatur concussor ad *damnum resarciendum*, quo fine, *condictio ob turpem causam*, contra ipsum instituitur, *l. 3. C. de cond. ob turp. caus.* quam, capite sequente, in genere considerabimus; & ad *pœnam*, quæ multiplex fuit apud Romanos *l. 1. 2. de concuss. l. 1. pr. §. 1. ad L. Cornel. de fals. l. 1. 3. 6. ad L. Jul. repet.* MATH. *d. l. c. 2.* Hodie sine dubio arbitraria est *add.* OBSERV. LAUT. *Obs. 1254. 1255.*

§. 11. Vis ablativa, quæ etiam vis bonorum raptorum, rapina, vel Robbaria barbare dicitur, est *delictum, quo res mobilis aliena, dolo malo, vi, palam lucri gratia rapitur.* In omnibus convenit cum furto, nisi quod palam fiat *v. c. 1. §. 2. n. 5.* A latrocinio autem differt Rapina, quod illud cum cæde sit conjunctum, hæc vero res saltem respiciat *vid.*

vid. CARPZ. *p. 2. qu. 90. n. 1. ſeqq.* Requirit res alienas, rapina rei propriæ peculiari pœna coercetur *§. 1. I. de vi bon. raptor. l. 2. §. 18. eod.* quæ vix hodie obtinet *v.* CARPZ. *p. 2. qu. 88. n. 13. ſeqq. p. 4. C. 35. D. 11. 12. add.* BERGER *in reſolut. ad Lauterb. quod legat.*

§. 12. Obligatur raptor ad damnum reſarciendum & pœnam. Ad utrumque exigendum, datur *actio vi bonorum raptorum*, quæ eſt *Prætoria perſonalis, pœnalis mixta, qua agunt illi, quorum intereſt, adverſus raptorem, intra annum utilem, in quadruplum §. 1. I. de vi bon. rapt. l. 2. ff. l. fin. C. eod. vid.* LAUTERB. *C. J. vi bon. rapt.* MATH. *de crim. l. 47. tit. 2. c. 1. 2.* Sed hodie læſus res ablatas ſaltem perſequitur condictione furtiva *l. 2. §. 26. vi bon. rapt.* nec poſſunt eas ſibi aſſerere Magiſtratus *v. c. 1. §. 17.* Præterea raptor regulariter ultimo ſupplicio punitur *Ord. Carol. art. 126.* COLER. *Deciſ. 185. p. 1.* CARPZ. *p. 2. qu. 90. 91. p. 4. C. 35. D. 1. ſeqq.* LAUT. *d. l.*

§. 13. Species Rapinæ eſt (1.) *Expilatio*, qua *noctu obvenientes corripiuntur, ac veſtimentis aliisque rebus ſpoliantur l. 1. §. 1. de effract. & expil.* MATH. *l. 47. tit. 1. c. 1. n. 1.* De jure civili arbitrarie, hodie etiam ultimo ſupplicio punitur CARPZ. *qu. 90. n. 71. ſeqq.* quæ ſententia inprimis admitti poteſt, quoad urbes populoſas, in quibus ejuſmodi expilationes non raro cum cæde ſolent eſſe conjunctæ *add.* STRYK. *in not. ad Lauterb. C. J. de effract.* (2.) *Obſeſſio viarum, die Wegelagerung*, quando prædones, *in inſidiis viatores expectant, eosdemque deinde invadunt, ſpoliant, abducunt vel etiam occidunt*, quæ ultimo ſupplicio punitur CARPZOV. *p. 1. qu. 40. n. 38. 39.* THEODOR. *Coll. crim. c. 6. aph. 10.*

§. 14. Vis offenſiva, omnem quidem vim notare poteſt, quævis enim lædit vel offendit, ſed hoc loco intelligitur *delictum, quo quis alterum, in corpore vel exiſtimatione, violenter lædit.* Eo nomine læſus non tantum ſatisfactionem, ſed & idoneam cautionem de non offendendo, exigere poteſt, ſi nempe vis recurſura probabiliter metuatur *v. Ord. Crim. art. 176.* CARPZOV. *p. 1. qu. 37. n. 79. ſeqq.* MATH. *de crim. l. 47. tit. 5. c. 2. n. 5.* Præterea offenſor condigna pœna erit afficiendus.

§. 15. Species vis offenſivæ ſunt (1.) *percuſſio in loco privilegiato facta*, quæ nonnunquam manus amputatione punitur CARPZ. *p. 1. qu. 40.*

qu. 40. n. 30. seqq. (2.) *Injuria ex insidiis illata, das Verwarten*, quæ arbitrarie coercetur *Consil. 13. p. 4.* CARPZ. *d. l. n. 36. seqq.* THEODOR. *Colleg. crim. c. 6. aph. 10.* (3.) *Raptus*, qui est *delictum, quo honesta persona, libidinis gratia abducitur v. l. 4. §. 3. l. 5. §. 2. ad L. Jul. de vi publ.* Punitur raptor ultimo supplicio, a quo, matrimonium ineundum, eum non liberat *l. un. C. de Rapt. virg. O. C. art. 118. v.* CARPZ. *d. l. n. 26. seqq. qu. 75. n. 68.* MATH. *de crim. l. 48. tit. 4. c. 2.* LAUTERB. *C. J. ad L. Jul. de vi publ.*

§. 16. Eo etiam pertinet (4.) *violatio ædium privatarum vel municipiorum*, quando quis contra illorum securitatem, hostili animo, quid molitur, dum v. gr. in ædes irruit, aut vigiles, qui in excubiis stant, adoritur & vulnerat, *wenn der Stadt-oder Haußfriede gebrochen wird. v. l. 3. §. 2. l. 11. ad L. Jul. de vi publ.* Cujus delicti pœna, arbitraria est CARPZ. *d. qu. 40. n. 11. seqq.* Non incommode etiam huc referri videtur (5.) *violatio murorum* ac *portarum*, quæ jure Romano, capital erat *l. fin. de R. D. §. 10. I. de R. D.* sed illud quidem ex superstitione habet originem, hinc hodie, ex causa, supplicium statuendum erit *vid.* CARPZ. *d. l. n. 20. seqq.*

§. 17. Vis expulsiva, est *delictum, quo quis res immobiles invadit, ac possessores inde expellit. v. l. 3. §. 6. ad L. Jul. de vi publ.* Læso datur interdictum unde vi, ad recuperandam possessionem, de quo in genere actum *l. 2. c. 8.* vel etiam, si lapsu temporis jus ejus obscurum sit redditum, Rei vindicatio similisque actio realis. Invasor quoque lege Julia punitur *§. 6. I. de interd. l. 1. C. de appell.* hodie arbitrarie CARPZ. *d. qu. 40. n. 7.*

§. 18. Vis turbativa, est *delictum, quo liberæ & quietæ possessionis exercitium, violenter impeditur.* Turbatio in genere, etiam absque violentia fieri potest, dum quis actus possessorios, in re aliena, exercet *v. l. 1. §. 3. l. 3. §. 2. 3. uti possid.* quodsi autem violentia accedet *v. d. l. 3. pr.* tum delictum memoratum exoritur; discrimen autem turbationis & dejectionis, fere ex objecto dependet, nam illa occurrere solet in rebus, quæ accurate custodiri non possunt, v. gr. in agris, sylvis & stagnis, hæc vero in iis, quæ arctiori custodie subsunt v. gr. ædificiis. De cætero, ob turbationem sive simplicem, sive violentam, datur interdictum uti possidetis, de quo *l. 2. c. 8.* dictum, præterea turbator violentus, ad exemplum dejectoris, etiam puniendus est.

§. 19.

§. 19. Post explicatas violentiæ species, *crimen fractæ pacis publicæ* seorsim memorandum est, hoc enim omnes vis injustæ formas complectitur, est ergo *vis dolosa, atrox ac ad durationem composita, qua abrupta pace, quævis mala, aliis intentantur,* seu breviter, *bellum intestinum v.* CARPZ. *p. 1. qu. 35. n. 13. seqq.* Ipsa vis uti in se manifesta est, ita dolus circa eam probari debet, quod etiam per conjecturas, ex circumstantiis & indiciis, depromtas, fieri potest *v. R. I. 1594. §. ebener massen.* 69. CARPZ. *d. l. n. 21.*

§. 20. Delicto probato, sequitur pœna, & absens quidem, ipso facto, in bannum imperii incidit, ita tamen ut sententia declaratoria præcedere debeat *Const. pac. publ. 1548. tit. 3.* præter quam pœnam, etiam pecuniariam 2000. marcarum auri puri, locum habere vulgo existimant, ex *Const. imper. 1521. tit. 3.* CARPZ. *d. l. n. 9.* SCHWED. *introd. ad jus publ. part gen. c. 3. §. 15.* sed minus recte, cum illa constitutio loquatur de Magistratibus crimen fractæ pacis non vindicantibus *v.* ZIEGLER. *de jur. Majest. l. 1. C. 33. n. 40.* Præsens vero capite plectendus esse perhibetur ex *R. I. 1555. §. wir setzen, ordnen* 48. *Ord. crim. art.* 128. CARPZ. *d. qu. 35.*

§. 21. Est autem illa pœna generalis, ac pertinet tam ad Status imperii quam privatos CARPZ. *d qu. 35. n. 23. seqq.* Enimvero uti quoad hos, sæpe aliæ causæ, pœnam mortis efflagitantes, ut homicidium & rapina, interveniunt, ita quoad illos, inprimis si potentes sint, pœnam fractæ pacis, magnum habere effectum, haud facile crediderim. De cætero cognitio super fracta pace, soli Cæsari & Cameræ imperiali, etiam quoad subditos Statuum, a nonnullis tribuitur, per *Ord. Cam. p. 2. tit.* 9. quæ sententia, superiori tempore, non improbabilis fuit, hodie autem admitti non potest *Instr. Pac. art. 8. §. 1. v.* CARPZ. *p. 2. qu. 36.* ZIEGLER. *de jur. Maj. l. 1. c. 33. n. 39.*

§. 22. Vis injustæ præludia sunt (1.) *Scopelismus*, quo quis *in prædio inimici lapides ponit, indicio futuros, eum, qui agrum istum coluerit, malo leto periturum, insidiis eorum, qui lapides posuerunt.* Quod delictum in Arabia usitatum, & aliquando ultimo supplicio punitum fuit *l. 9. de extraord. crimin. v.* MATH. *de crim. l. 47. tit. 5. c. 2.* Sed in Germania illud incognitum est (2.) *Diffidatio*, delictum in Germania olim valde usitatum, quæ est *minitatio hostilis, scriptis vel factis*

declarata, qua quis inimico suo ejusmodi mala denunciat, ex quibus toti universitati periculum imminet. Puniuntur diffidatores gladio *Ord. crim. art. 128. Const. Sax. Elect. 14. 15. p. 4.* CARPZ. *p. 1. qu. 37.*

§. 23. A diffidatione autem differt, quæ (3.) huc referri potest, *Minitatio nuda,* quando quis *inimico suo, vel nudis verbis, quodvis, vel etiam scriptis, soli illi nociturum malum, minatur.* Quodsi minitator, ad executionem minarum, serio se accingat, tum itidem gladio punitur *O. C. art. 128.* CARPZ. *d. l. n. 76.* Alias in carcere tamdiu detinendus est, donec idoneam cautionem de non offendendo, per fidejussores aut pignora, præstet, hanc si reperire nequeat, cautioni juratoriæ committi non debet, nisi alter, cujus interest, consentiat CARPZ. *d. l. n. 79. seqq.* Illud facile liquet, in hujusmodi hostilitatis præludiis, mitiorem sententiam, quantum fieri potest, esse eligendam, ne inconsultus calor ac inefficax factum, temere gravi supplicio multetur.

CAPUT IV.
DE CONDICTIONE OB TURPEM CAUSAM.

SUMMARIA.

Condictionis ob turpem causam natura & fundamentum §. 1.
Competit illa propter dationem ob rem inhonestam §. 2.
Ratione solius accipientis §. 3. 4. 5.
Sive causam impleverit, sive non §. 6.
Dominium tali datione non transfertur §. 7.
Condictionis subjectum & objectum §. 8.
Tertius possessor qua actione conveniatur §. 9.
Si utriusque subsit turpitudo §. 10.
Promittens nihil præstare debet §. 11.
Ac res data naturaliter repeti potest §. 12.
Sed jure Romano repetitio cessat §. 13.
Verum hæc dispositio vix ab absurditate liberari potest §. 14.
Eique æquitas naturalis præferenda est §. 15.
Casus, ubi solius dantis turpitudo subsit, hodie die non datur §. 16.
Condictionis ob injustam causam, natura & usus §. 17.

§. 1.

HAnc condictionem, ad materiam delictorum, alienas res concernentium, recte referri, manifestum est, & vel ex *cap. præced. §. 10.* liquet. Est autem *actio personalis, qua id, quod ob turpem causam datum est, repetitur.* Oritur, ex nonnullorum sententia, ex *quasi contractu, v.* LAUTERB. *C. J. de condict. ob turp. caus. lit. C.* ex aliorum vero, ex *quasi delicto v.* STRUV.

S. J.

S. J. C. exerc. 18. §. 20. neutrum recte: nam uti commento quasi contractus, nec hic, nec alibi opus est, ita acceptionem turpem, esse quasi delictum, utique, veritate & legibus civilibus invitis, dicitur, quamobrem ex *vero delicto*, sine hæsitatione, illa repetenda est.

§. 2. Videtur quidem huic condictioni locus esse, quoties turpiter quid acceptum est, hinc omnes res, delicto acquisitæ, ac in specie furtivæ, eadem repeti posse videntur, sed usu juris Romani, cui hactenus standum, referenda illa est ad eos casus, ubi actoris factum intercessit, sive hic aliquid dedit. Requiritur ergo (1.) ut aliquid naturaliter vel civiliter sit datum *l. 1. ff. l. 1. C. de condict. ob turp. caus.* (2.) ob rem inhonestam *d. l. 1. ff. h. t.* Hoc vero ut specialius intelligatur, distingvendum est, utrum *solius accipientis*, an *utriusque* subsit turpitudo.

§. 3. Primo casu, dubio procul, condictio obtinet *l. 1. §. 2. ff. l. 4. 6. C. de condict. ob turp. caus.* e. gr. si data sit pecunia, ne danti injuria fiat *l. 4. §. 2. cod.* aut ne accipiens aliud delictum committat, vel ut rem debitam restituat *l. 2. pr. §. 1. l. fin. ff. l. 6. 7. C. cod.* aut ne tertio lis injusta intentetur *l. 7. pr. §. 1. de calumn.* Potest etiam terror sive concussio accedere *v. cap. præc. §. 10.* quo casu, cum rei extortæ acceptio, in delictum extraordinarium vel publicum, jure Romano incidat *v.* LAUT. *C. J. de concuss.* hinc liquet, quam incongrue condictio hæc, ex quasi contractu vel delicto, in genere repetatur.

§. 4. Si per vim compulsivam, quatenus hæc concussioni opponitur, quid extortum sit, itidem id, hac condictione, repeti posse videtur, sed cum Romani hoc casu, actionem quod metus causa, concesserint, quæ, accedente contumacia, in quadruplum competit, ideo nomen condictionis hactenus non occurrit: Quia vero illa hodie tantum rem persequitur, ceu *cap. præc. §. 9.* ostensum, ideo perinde erit, sive actionem rei persecutoriam, actionem quod metus causa, sive condictionem ob turpem causam, dicas.

§. 5. Si dederim pecuniam, ne calumniæ causa negotium mihi fiat, datur mihi actio in factum de calumniatoribus, in quadruplum *l. 1. de calumn.* sed cum illa sanctio pœnalis, probabiliter non sit recepta *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 104.* adeoque actio illa, hodie tantum sit rei persecutoria, hinc nihil vetat, quo minus etiam, condictio ob turpem cau-

causam, dicatur. Aliud dicendum, si tertius det pecuniam, ut, vel ne mihi fiat negotium, nam hisce casibus, actio de calumniatoribus, ratione actoris, est mere pœnalis *l. 3. §. fin. l. 7. pr. §. 1. de calum.* hinc nomen condictionis ei non convenit, interim, illam non amplius locum habere, arbitror, nam, quatenus pœnalis est, ejus receptio probari nequit.

§. 6. Illud nihil refert, utrum accipiens causam impleverit, & v. gr. rem debitam præstiterit, vel a delicto abstinuerit, an vero eam non impleverit *l. 1. §. 2. ff. l. 4. C. de condict. ob turp. caus.* nam utroque casu, ad rem reddendam, conveniri potest, condictio enim hic non datur, ob rem non secutam, sed ob turpem acceptionem. Quodsi quis, ob turpem causam, saltem aliquid promiserit, tum actione hactenus non indiget, sed conventus opponit exceptionem, qua probata, absolvitur *l. 1. C. de condict. ob turp. caus.* ad chirographum tamen repetendum, condictio institui potest.

§. 7. Rei tamen, ob turpem causam, datæ dominium, in accipientem transferri, nonnulli existimant *arg. §. 14. I. de action. l. fin. usufr. quemadm. cav. v.* LAUTERB. *C. J. de condict. ob turp. caus. lit. C.* sed hoc ex falsa hypothesi, quasi hic subsit quasi contractus, forsitan asseritur; quare dominii translationem potius negarem, cum enim vis compulsiva & furtum, dominium non intervertant, nec turpis extorsio illud transferet, neque oberit regula juris civilis: *quod nemo rem suam, nisi furi, condicat,* nam turpiter accipiens, pro fure, non immerito habetur *arg. l. 18. de condict. furt. conf.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 353.*

§. 8. Datur hæc condictio danti & hæredibus, *l. 37. de A. O. H. l. 59. 138. de R. J.* adversus accipientes & hæredes, non quatenus ad hos aliquid pervenit, ceu nonnulli sentiunt. STRUV. *S. J. C. exerc. 18. §. 26.* sed potius, ad exemplum condictionis furtivæ, in solidum. Repetitur res cum fructibus & accessionibus *l. 38. §. 1. seqq. de usur. l. 15. de condict. indeb.* nullis refusis impensis, in rem factis *arg. l. 13. de condict. furt. l. 1. C. de infant. expos.* Quodsi res perierit, licet casu, æstimatio ejus erit præstanda *arg. l. 8. §. 1. de condict. furt.* Pecunia data, sine usuris repetitur *l. 4. C. de condict. ob turp. caus.* sed hodie etiam usuræ solvendæ erunt *R. I. 1600. §. So viel nun 139. v.* STRYK. *in not. ad Laut. de condict. ob turp. caus. conf.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 357.*

§. 9.

§. 9. Contra tertium, bonæ vel malæ fidei possessorem, competit rei vindicatio *arg. §. fin. J. de oblig. quæ ex delict.* vel condictio sine causa §. 26. *J. de R. D.* nec operose ab actore probandum erit dominium *arg. l. 14. §. 3. quod met. caus.* impensas tamen idem ferre debebit, quemadmodum etiam casus fortuitus possessorem liberabit secundum ea, quæ *l. 3. c. 7.* diximus *v. l. 40. pr. de hæred. petit.* De usuris solvendis regulariter hic nulla est quæstio, cum res fungibilis ab ipso accipiente repetatur.

§. 10. Secundo casu, ubi utriusque subest, turpitudo *v. §. 2. h.* v. gr. si quis judici aliquid promiserit vel dederit, ut male *l. 3. de condict. ob turp. caus.* vel etiam in bona causa pro se judicet *l. 2. §. 2. de condict. ob turp. caus. l. 1.* & *auth.* novo jure *C. de pœn. judic. qui mal. judic.* aut si, stupri causa, tale quid factum *l. 4. pr. de condict. ob turp. caus.* vel si in furto aut adulterio deprehensus, ne proderetur, aliquid dederit aut promiserit *l. 4. pr. §. 1. eod.* qui tamen, vi ei illata, nihil turpiter fecisse censetur *l. 7. §. 1. l. 8. quod met. caus. v.* OBSERV. LAUT. *Obs. 355.* Hoc inquam casu interest, utrum saltem aliquid *promissum*, an *datum* sit.

§. 11. Primo casu promissor ad nihil tenetur, hinc si de turpitudine statim constet, dum v. gr. ea, in cautione expressa, actor repellitur *l. 26. 27. 123. de V. O. l. 5. C. de condict. ob turp. caus.* si vero de illa non liqueat, dum turpis causa in chirographo omissa, vel etiam alia licita substituta est, nec veritas aliunde statim apparet, hactenus quidem, ob facti incertitudinem, actio admittitur, sed, probata turpitudine, reus absolvitur *l. 8. ff. l. 1. C. de condict. ob turp. caus.* Illud nihil refert, sive promissionem, ipso jure nullam, sive exceptione elidendam dicas *vid.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 356.* Vera autem ratio negatæ exactionis, non ea est, quæ vulgo redditur, quod in pari turpitudine melior sit conditio possidentis, sed, quod promissio sit invalida.

§. 12. Altero casu, juxta merum jus naturale, rei datæ repetitio locum habet, nam res dantis antea fuit, & accipiens titulum idoneum, ex quo eam retinere possit, non habet, hinc restituendi necessitas ei merito incumbit. Nec obstat, quod dans quoque peccaverit, quodque ejus turpitudo pœnam mereatur, nam hanc debet Reipublicæ, ex quo accipiens nullum jus consequitur, accedit, quod pœna delicto debeat esse attemperata, hinc dans non statim, in consulta rei ablatione, est puniendus.

§. 13. Sed juxta jus Romanum repetitio cessat, ex sublestæ fidei principio: *quod in pari turpitudine melior sit conditio possidentis vid. l. 3. 4. pr. §. 1. l. 8. ff. l. 2. 5. C. de condict. ob turp. caus.* STRUV. *S. J. C. exerc. 18. §. 23. 24.* Quia vero iniquum est, ut accipiens, ex sua turpitudine, lucrum sentiat, proinde, fiscum rem datam ei aufferre posse, quidam existimant *v. l. 32. §. fin. de donat. int. vir. & uxor. l. 9. in fin. de jur. fisc. l. 5. de calumn. l. 1. C. de natur. liber.* LAUTERB. *C. J. de condict. ob turp. caus.*

§. 14. Verum sicut temperamentum illud, a sententia juris Romani, omnino abludere videtur, ita, sive illud rejicias, sive admittas, sanctio illa, ab absurditate, vix liberari potest, nam primo casu, utique valde iniquum est, quod accipiens, ex sua improbitate, lucrum consequatur, secundo vero, id incongruum est, quod solus dans, non etiam accipiens, puniatur, utroque autem casu, illud parum æquum censeri debet, quod dans sæpe graviori pœna coerceatur, quam meritus erat *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 354.*

§. 15. Non est igitur, cur male formata Romanorum ratiocinia æquitati naturali præferamus, sed satius erit, si tam dans quam accipiens, pro ratione admissi, puniatur, ac illi repetitio rei datæ concedatur, quo tamen casu facile concesserim, accipientem ad usuras non teneri, nisi post moram, eumque à necessitate restituendi, per casum fortuitum liberari, nam in utrumque dans censetur consensisse, quo ipso hic casus à præcedente differt *v. §. 8. h.*

§. 16. Ex sententia juris Romani, datur etiam tertius casus, ubi solius dantis subest turpitudo, nempe si quis meretrici dederit *l. 4. §. 3. de condict. ob turp. caus. add. l. 27. §. 1. de hæred. petit. l. 38. de oper. libert. l. 5. de donat.* STRUV. *exerc. 18. §. 22.* Hoc neque repetebatur, & promissum poterat exigi LAUTERB. *C. J. de condict. ob turp. caus.* quod posterius tamen alii negant per *l. 5. C. de condict. ob turp. caus. v.* PERETZ *ad C. d. tit. n. 3.* Cæterum uti pravos Romanorum mores arguit, quod vitia, in licitum vitæ genus, abierint, ita hodie id non obtinet, quare de hoc casu idem dicendum, quod proxime, circa medium, pronunciavimus.

§. 17. Præter condictionem ob turpem causam, etiam memoratur *condictio ob injustam causam*, qua scilicet *id, quod quis ex injusta cau-*

causa consecutus est, *repetitur l. 6. de condict. ob turp. caus.* Hac igitur condictione repeti censentur fructus a malæ fidei possessore consumti *l. 3. C. de condict. ex leg.* ut &, quod ex coacta stipulatione solutum est *l. 7. de condict. ob turp. caus.* conf. *l. 2. C. quæ vi met. caus.* LAUTERB. *C. J. de condict. ob turp. caus.* Cæterum sicut hoc condictionis nomen disserte satis jure civili proditum non est, ita illo facile etiam carere possumus, cum nihil obstet, quo minus, in casibus memoratis, nomine condictionis sine causa utamur *v. Dn.* THOMAS. *in not. ad Strauch. dissert. 22. §. 9. p. 311.*

CAPUT V.

DE DAMNO INJURIA DATO.

SUMMARIA.

Damni specialiter accepti indoles §. 1. 2.
Requiritur ut voluntate nocentis §. 3.
Invito §. 4.
Contra legem inferatur §. 5.
Quæ insuper requirit jus romanum, hodie exigui sunt usus §. 6.
Contra nocentem datur actio L. aquiliæ §. 7.
Quæ partim ex jure naturali, partim ex positivo descendit §. 8.
Quibus detur §. 9.
Contra quos §. 10.
Et ad quid §. 11.
Pœna juris civilis hodie non observatur §. 12.
Hinc actio damni germanica, ab actione L. aquiliæ differt §. 13.
Species damni est, quod dejectione vel effusione infertur §. 14.
Ex quo inhabitator obligatur §. 15.
Læso & hæredibus §. 16. 17.
Pœna juris Romani hodie cessat §. 18. 19.
Ex facto operariorum paterfam. non tenetur §. 20.
Ad species damni etiam referri potest periculosa rei positio §. 21.
Arborum corruptio §. 22.
Damnum coactis hominibus aut in turba datum §. 23.
Et crimen sepulchri violati §. 24.

§. 1.

Damnum esse rei, perfecto jure ad aliquem pertinentis, ablationem vel corruptionem, eamque suppositionem damni latiorem, in vita civili, non esse infrequentem, *l. 2. c. 3. §. 7.* admonitum, ejusdemque indoles ibidem explicata, hactenus vero multis exemplis jam comprobata est. Sed præter generalem illam acceptionem, etiam restrictior damni suppositio occurrit, de qua hic dicendum erit. Damnum igitur injuria datum *v. l. 23. de furt. l. 27. §. 10. l. 29. §. 3. ad L. aquil.* est *delictum, quo, sine delinquentis lucro, alterius bona corrumpuntur vel imminuuntur.*

§. 2. In genere itaque natura damni in eo consistit, quod *bona alterius sine nocentis lucro, imminuantur* quod tamen regulariter verum est, nam aliquando, occasione corruptionis, etiam aliquid auferri potest *v. l. 23. §. 8. ad L. aquil.* De cætero ejus requisita sunt vel *naturalia* ac *necessaria*, vel *positiva* & *arbitraria*. Naturaliter ac ex communi mortalium sensu ad damnum requiritur, ut (1.) sponte (2.) invito (3.) contra legis prohibitionem sit illatum, quæ specialius nonnihil perpendenda sunt.

§. 3. Requiritur itaque (1.) *voluntas nocentis*, i. e. dolus vel culpa *§. 3. J. de L. aquil. l. 5. §. 1. l. 44. eod.* quæ ex variis circumstantiis colligitur *§. 4. seqq. J. d. t. l. 5. §. 2. l. 7. §. 2. seqq. l. 8. seqq. l. 27. §. 9. 30. l. 29. §. 7. l. 44. §. 1. l. 45. ad l. aquil. l. 132. de R. J.* quæ igitur casu fortuito eveniunt, huc non pertinent *l. 29. §. 7. in fin. l. 30. §. p. ad L. aquil. l. 6. §. 7. de offic. Præs. l. 2. §. 6. de aqu. pluv.* Ex his autem intelligitur, quod damnum injuria datum, modo *verum*, modo *quasi delictum* sit, quod frustra à nonnullis negatur *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs.* 1199. Potest etiam aliquando vis dolo accedere, adeoque damnum, in aliquam violentiæ speciem, incidere.

§. 4. Damnum (2.) *invito* inferendum est *v. l. 1. §. 5. in fin. de injur.* Hoc autem uti regulariter præsumitur, ita læsi consensus, ex ejus culpa *l. 203. de R. J. l. 11. pr. ad Leg. aquil.* in specie ex provocatione & invasione *§. 2. J. de L. aquil. l. 4. 5. l. 45. §. 4. eod.* colligitur. Præterea læsus directe in læsionem consentire potest, vel etiam, si contractus interveniat, ex modo contrahendi, persona, cum qua contrahimus, aut natura contractus, consensus, in aliquam læsionem, apparet, de quo explicatius actum *l. 2. c. 3. §. 11. seqq.*

§. 5. Denique (3.) *contra legem* damnum inferri debet, *l. 5. §. 1. ad L. aquil.* hinc si Magistratus, injuste resistentem *l. 29. §. 7. ad L. aqu.* vel etiam invasus aggressorem lædat *§. 2. J. de L. aquil.* damni restituendi obligatio cessat, nisi defensor modum defensionis excesserit, talis enim excessus prohibitus est ac defensorem obligat *d. §. 2. J. l. 5. l. 45. §. 4. l. 7. §. 4. l. 52. §. 1. ad L. aquil. c. 12. in fin. X. de restit. spoliat.* Ille quoque, qui ad depellendum periculum, v. gr. incendii *l. 49. §. 1. ad L. aquil. l. 3. §. 7. de incend. ruin.* vel naufragii *l. 14. de P. V.* alienas ædes destruit, vel res alias perdit, aut qui id, quod in suo positum est, intercidit

cidit *l. 29. §. 1. ad L. aquil.* à neceſſitate damni reſtituendi eſt immunis.

§. 6. Requiſita poſitiva ſunt (1.) ut damnum ſit datum corpore nocentis, nec ſufficit, cauſam mortis vel corruptionis præbuiſſe *§. 16. J. de L. aquil. l. 49. pr. eod.* (2.) in corpus, hinc nuda bonorum imminutio, damnum non eſt *d. §. 16. J.* & *l. 49. pr. de L. aquil.* (3.) quoad rem, quæ in patrimonio exiſtit *l. 13. pr. eod.* & (4.) domino *l. 11. §. f. l. 17. eod.* Cæterum cum defectus illorum requiſitorum, neceſſitatem damni reſtituendi non tollat, ſed ſolum actionum nomina mutet, ideo eorum nulla hodie eſt utilitas.

§. 7. Damno dato obligatur delinquens naturaliter ad ejus reſtitutionem, præterea lege poſitiva, certa aliqua pœna ei imponitur; ad utrumque conjunctim exigendum jure civili, datur *actio Legis aquiliæ*, quæ eſt *actio perſonalis, pœnalis mixta, competens læſo & hæredibus, adverſus lædentes, ad damni æſtimationem* & *pœnam conſequendam.* Dividitur in *directam*, quæ obtinet, ſi omnia requiſita naturalia & poſitiva concurrant, & *utilem*, quæ locum habet, ſi naturalia adſint, ſed poſitiva deficiant *§. fin. J. de L. aquil. l. 11. §. f. l. 13. pr. eod.* Dicitur etiam *actio in factum l. 9. pr. l. 11. §. 5. l. 17. l. 29. §. 7. l. 33. §. 1. l. 49. pr. eod.* Præter eam vero adhuc alio *actio in factum ſubſidiaria* aſſeritur *§. fin. J. de L. aquil.* quo etiam referunt *l. 11. de P. V.* Sed eam, ex non ſatis intellecta *l. 7. §. 7. de dol. l. 33. §. 1. de L. aquil.* à Triboniano eſſe excogitatam, revera autem, cum actione utili, coincidere, cenſet *Dn.* THOMAS. *in not. ad Strauch. diſſert. 19. th. 12.* Hodie totius diviſionis nulla eſt utilitas.

§. 8. Oritur actio L. aquiliæ, dubio procul, ex jure naturali, quatenus damnum perſequitur, ſed quatenus ſimul pœnam exigit, atque ita actio mixta eſt, eatenus ex plebiſcito aquiliano repetitur *l. 1. §. 1. ad L. aquil.* Hujus erant tria capita: Primum pertinebat ad ſervos & quadrupedes, quæ pecudum numero erant, occiſas *pr. §. 1. J. de L. aqu. l. 2. eod.* Secundum jam olim in deſvetudinem abiit *l. 27. §. 4. eod.* Tertium, omne reliquum damnum complectebatur *§. 13. J. l. 27. §. 5. eod.* Cum tamen actio Legis aquiliæ, in omnes caſus ex ſuperſtitione fori Romani, non ſufficeret, ideo actio utilis, &, ex communi ſententia, actio in factum, ei fuit adjuncta, ceu *§. præc.* indicatum. Sed cum

 hodie

hodie læſus ſolum damnum perſequatur, nec ſollicitudo fori Romani obtineat, ideo nomen actionis L. aquiliæ, merito, ad omne damnum, refertur.

§. 9. Datur igitur actio illa, læſis, nempe domino *l. 11. §. 6. l. 19. 20. ad L. aquil.* uſufructuario ſimilibusque *l. 11. §. f. l. 17. eod.* homini libero, ratione vulnerationis *l. 13. pr. eod.* & illorum hæredibus *l. 23. §. 8. eod.* Non vero competit illis, qui jus perſonale ſaltem habent *l. 11. §. 9. eod.* quodſi tamen hi domino, ratione damni, culpa ſua evenientis, ſatisfecerint, tum ipſis actio, in nocentem, merito conceditur *l. 2 ſi quadr. paup.* quo id, quod præſtiterunt, ab eo, qui gravius deliquit, recuperent.

§. 10. Datur contra nocentes *§. fin. J. de L. aquil.* ſi plures nocuerint, contra ſingulos inſolidum; Unius præſtatio reliquos liberat, quoad damni reſtitutionem, non vero quoad pœnam *l. 11. §. 2. eod.* nam, illo reſpectu, adeſt obligatio una & correalis, hoc vero, diſtincta & multiplex *v.* OBSERV. PUFEND. *Obſerv. 160. ſeqq.* De cætero plures non aliter, velut correi, obligari videntur, quam ſi in damnum conſpiraverint, aut hoc ſit individuum *d. l. 11. §. 2. v.* PUFENDORF *de J. N. G. l. 3. c. 1. §. 5.* Contra hæredes actio non datur *§. 9. J. l. 23. §. 8. d. L. aquil. v.* CARPZ. *p. 4. C. 12. D.* 9. quod ab æquitate abhorret, adeoque obſervandum non eſt *v.* OBSERVAT. LAUTERB. *Obſerv. 1146.*

§. 11. Petitur damni æſtimatio *l. 21. §. f. l. 22. 33. ad L. aquil. l. 63. ad L. Falcid.* & pœna, quæ in eo conſiſtit, quod, ſi ex primo capite Legis aquiliæ agatur, quanti res, intra annum retro computatum *l. 2. l. 21. §. 1. l. 23. §. 3. ad L. aquil.* ſi ex tertio, intra 30. dies proximos, plurimi fuerit *l. 27. §. 5. eod.* exigatur, quæ æſtimatio, ob inficiationem creſcit in duplum *l. 2. §. 1. l. 23. §. 10. ff. l. 4. C. eod.* ſi liber homo vulneratus ſit, expenſæ & operæ æſtimantur *l. 3. ſi quadr. paup. l. fin. de his qui effud.*

§. 12. Sed ſicut ſanctio illa pœnalis, parum prudens & æqua, ita à Gentibus, ad quas jus Romanum pervenit, recepta non eſt, quod etiam de pœna inficiationis dicendum videtur *v.* MATH. *de crim. l. 47. tit. 3. c. 3.* LAUTERB. *C. J. ad L. aquil. lit. O.* Hodie igitur læſus tantum exigit veram damni æſtimationem, delinquens vero arbitrarie punitur *v.* SCHILT. *ad ff. exerc. 19. §. 32.* THOM. *de nox. anim. c. 9. n. 45.* Quid in ſpecie obtineat, quoad hominem liberum occiſum, vel vulneratum, ſupra *l. 3. c. 1. §. 5. 6. 8. 9. 14.* eſt oſtenſum, quæ ad maritum, uxorem

ſuam

suam male tractantem, etiam applicari debent *v.* CARPZ. *Pr. Crim. p. 1. qu 12. n. 48. seqq.* licet nonnulli dissentiant *v.* LAUTERB. *d. l.*

§. 13. Ex his liquet, quod actio, qua damnum in Germania persequimur, ab additamentis juris Romani, sit liberata, ac ex regulis æquitatis formata, nam ut damnum sit resarciendum ac delinquens insuper puniri possit, id ex jure naturali, ac indole Rerumpublicarum resultat. Utut igitur etiam hodie actio illa, Legis aquiliæ, dicatur, cum Romana tamen non plane coincidit. Illud tamen utrique commune est, quod damnum legitime sit probandum *l. 2. de probat.* & quod utraque sit perpetua *l. 3. C. de præscript. 30. vel 40. annor. add.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 263. seqq.*

§. 14. Species damni est (I.) *Damnum, quod dejectione vel effusione infertur.* Ob illud, ipse lædens, dubio procul, ex Lege aquilia poterit conveniri, præter ea vero contra inhabitatorem ædium datur *actio de dejectis vel effusis,* quæ est, *actio personalis, competens adversus inhabitatores ædium, ex quibus aliquid dejectum vel effusum est, cum in locum, quo vulgo iter fit, ad damnum resarciendum.* Est etiam hæc actio, species actionis Legis aquiliæ, *v. l. 5. §. 4. de his qui effud.* nec ob aliam causam huic videtur opposita, quam quod peculiaris pœna circa eam occurreret.

§. 15. Requiritur damnum, invito illatum, quod ex circumstantia loci potissimum colligitur *v. l. 1. §. 2. 4. l. 6. de his qui effud.* Hoc vero ipsi inhabitatori imputatur ob negligentiam, quæ imputatio, in urbibus populosis, eo minus iniqua est, quo minus læso, lædentem detegere, semper est integrum, datur ergo hæc actio ex quasi delicto *l. 5. §. 5. de O. & A.* quod eo ipso inhabitator committit, dum homines petulantes aut negligentes in ædibus suis tolerat.

§. 16. Datur hæc actio læsis & illorum hæredibus *l. 5. §. 5. de his qui effud.* si tamen homo liber vulneratus, vel occisus sit, hæredibus actio non competit *d. l. 5. §. 5.* quod hactenus verum erit, ut ex jure transmisso agere illi nequeant, si tamen defunctus quosdam alere debuit, hi ex proprio jure, ad damnum pensandum, utique experiri possunt *v. l. 3. c. 1. §. 8.* Jure Romano, ob hominem liberum occisum, dabatur actio popularis, ad quam etiam hæredes, non qua tales, sed qua membra Reipublicæ, admittebantur, ac extraneis etiam præferebantur *d. l. 5. §. 5.* Sed illa hodie probabiliter cessat, de quo mox iterum dicam,

§. 17.

§. 17. Competit adversus inhabitantem, cujuscunque conditionis *l. 1. §. 4. 7. 9. de his qui effud.* ex cujus parte aliquid dejectum vel effusum est *l. 5. pr. eod.* qui suam suorumque *l. 6. §. 2. eod.* etiam hospitis *l. 1. §. 9. eod.* culpam præstat, à quibus tamen id, quod præstitit, recuperare potest *l. 5. §. 4. eod.* si plures in eodem cœnaculo indiviso habitent, singuli tenentur in solidum *l. 1. §. f. l. 2. 3. 4. 5. eod.* Contra hæredes non competit *l. 5. §. 5. eod.* sed æquitas exigit, ut ad illos etiam, quatenus est rei persecutoria, extendatur.

§. 18. Exigitur duplum, si in re æstimabili damnum sit datum, & quidem perpetuo *l. 1. pr. §. 4. l. 5. §. 5. de his qui effud.* sed hodie vera saltem damni æstimatio læso præstabitur, salva nihilominus, si ea opus videatur, Magistratui pœna arbitraria. Si libero homini nocitum sit, operæ & impensæ æstimantur *l. 1. pr. l. 5. §. 5. l. 7. eod.* quod hodie quoque observatur *v. l. 3. c. 1. §. 5. 6.* Ob hominem liberum occisum, pœna 50. aureorum petitur intra annum *l. 1. pr. l. 5. §. 5. de his qui effud.*

§. 19. Sed illa actio popularis hodie non obtinet, nam uti in genere actiones populares cessant, ceu *l. 1. c. 16. §. 14.* admonitum, ita id hoc casu nimis crudum est, quod, homine occiso, per aversionem velut, pœna pecuniaria exigatur. Quamobrem existimem, ante omnia, in ipsum autorem inquirendum, ac à deprehenso, tam damni restitutionem, quam pœnam, pro ratione facinoris admissi, exigendam esse, secundum ea, quæ *l. 3. c. 1. §. 8. 9. 14.* diximus. Quodsi autem ille non deprehendatur, vel non sit solvendo, tum ab inhabitatore damni æstimatio, ac aliquando etiam pœna arbitraria exigenda erit.

§. 20. De eo in genere quæri potest, an inhabitator, ex facto operariorum, qui, ad opus faciendum, mercede conducuntur, ac omni die mutari possunt, teneatur? Quod negandum videtur, nulla enim ejus subest culpa, aut minimum illa hic non præsumitur, ut circa inquilinos & hospites, sed probari debet. Plane illum, cessante licet culpa, ex lege humanitatis, quandoque obligari, certum est, sed illa ad forum civile non pertinent.

§. 21. Species quoque damni (II.) est *damnum, quod periculosa rei positione contigit*, ob quod ipse, qui posuit, ex lege aquilia, conveniri poterit *l. 5. §. 12. de his qui effud.* Quodsi res posita nondum nocue-

nocuerit, inhabitator pœna decem aureorum coercetur *d. l. 5. §. 6. seqq.* quam velut nimis duram hodie non obtinere arbitror, cum sufficiat ei injungere, quo rem nocituram tollat, ac, si non paruerit, contumaci pœnam arbitrariam imponere *add.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 270. 271.*

§. 22. Pertinet etiam huc (III.) *delictum arborum furtim cæsarum vel corruptarum,* ob quod duplum jure civili est solvendum *l. 7. §. f. l. 8. arbor. furt. cæs.* quod secus est, si quis arbores radicitus evellat, qui tantum ex L. aquilia tenetur *l. 7. §. 2. eod. v.* LAUTERB. *C. J. arbor. furt. cæs.* Hodie illud delictum arbitrarie punitur *Ord. crim. art. 168.* In Saxonia Electorali, cædens pretium arborum cæsarum, ac insuper, pro unaquaque, 30. solidos, *Schillinge* sive duas sexagenas antiquas *zwey alte Schock,* i. e. quadraginta grossos, solvere debet, vel, deficiente pecunia, carcere punitur *Const. Elect. 37. p. 4.* CARPZ. *p. 2. qu. 83. n. 4. seqq. add.* OBSERV. LAUTERB. *1218. 1219.* Quodsi contractatio arborum accedat, furtum committitur, de quo diximus *c. 2 §. 6. h.*

§. 23. In hunc censum quoque referendum (IV.) *Damnum, coactis hominibus, dolo malo,* ut & (V.) *in turba datum.* Illud jure civili quadruplo *l. 2. pr. §. 1. seqq. §. 13. vi bon. rapt.* hoc, duplo punitur *l. 4. eod.* propter quam pœnam peculiarem, à reliquo etiam damno fuit separatum *v. l. 2. §. 10. eod.* Hodie, cessante illa pœna pecuniaria, arbitrarie utrumque puniri, ex iis, quæ tam hoc, quam capite tertio *§. 17. 18.* diximus, consequitur.

§. 24. Non male quoque huc refertur (VI.) *Crimen sepulchri violati,* quamvis nonnunquam, ad injuriam personarum, illud pertineat ac alio etiam loco commemorari queat. Est autem *delictum, quo corpora sepulta, vel ossa, dolo malo extrahuntur, contrectantur, vel monumenta violantur l. 4. 5. C. de sepulchro violat.* MATH. *de crim. l. 47. tit. 6. c. 1.* Punitur jure civili, vel *civiliter* pœna pecuniaria *l. 3. de sepul. viol.* vel *criminaliter,* ultimo supplicio, deportatione, metallo, relegatione *l. 3. §. 7. l. fin. eod.* vel decem pondo auri, fisco inferendis *l. 4. C. eod. v.* LAUTERB. *C. J. de sepul. viol.* quas pœnas hodie quoque obtinere putant *v.* MATH. *d. l. c. 2.* CARPZ. *p. 2. qu. 83. n. 64. seqq. conf.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 1250. seqq.*

CAPUT VI.
DE INCENDIO.

SUMMARIA.

§. 1.



SPecies damni est etiam *Incendium*, quod seorsim considerari meretur. In genere est *ignis dominans, casu vel facto humano, in damnum hominum, excitatus.* Est igitur incendium, vel *fortuitum*, quod à casu, v. gr. fulmine, vel *voluntarium*, quod à facto humano dependet, sæpe tamen etiam hoc, pro fortuito, habetur, quando vel de autore omnino non constat, vel ille solvendo non est, aut coactioni judiciorum non subjacet.

§. 2. Damnum, quod ab incendio fortuito dependet, ab aliis resarciendum non est, ex lege tamen humanitatis, afflicto alii, ac inprimis ii, qui eandem cum illo constituunt societatem, succurrere tenentur, sed hæc obligatio sat langvide operatur, nisi lex civilis ei efficaciam addat. Quodsi, ob incendium, aliorum ædes diruantur, distingvendum est, utrum hoc fiat *sine justa causa*, tum diruens, ad damnum resarciendum, erit obligatus, nisi forte, præter omnem intentionem, eo incendium pervenerit, atque ita ædes nihilominus conflagrassent, nam tum nihil præstabit, cum dolus fuerit inefficax *l. 7. §. 4. quod vi aut clam*, an ob *probabilem periculi metum*, hoc casu, indistincte diruens, à necessitate damni restituendi, erit immunis, cum lege permittente, id fecerit *l. 49. §. 1. ad L. aquil. l. 3. §. 7. de incend. ruin. naufr.*

§. 3. Quodsi tamen, ista destructione, periculum sit depulsum tum illi, in quorum utilitatem hoc cessit, adeoque tota universitas, communi contributione, illud damnum resarcire debent, sed ita, ut ipse læsus etiam partem aliquam damni ferre cogatur, hoc enim æqui-

tas

tas naturalis, in casu necessitatis, exigit. Interim fatendum est, quod ejus, in vita civili, exigua habeatur ratio, nisi lex civilis eam confirmet. Si vero ista destructione, periculum non depellatur, sed incendium ita evagetur, ut tam ad ædes destructas quam alias perveniat, tum dominus ædium dirutarum, damni restitutionem, ex hoc capite, petere nequit, non enim destructio, sed incendium ei nocuit, quam æquitatem, in casu simili, agnoverunt Romani *l. 5. 7. ad L. Rhod. de jact.* nulla alia igitur hic, quam humanitatis, superest obligatio *add.* OBSERVAT. LAUTERB. *Obs. 420.*

§. 4. Incendium voluntarium, est iterum vel *culposum* vel *dolosum*, circa illud distingvendum est, utrum inter lædentem & læsum *nullus*, an *aliquis contractus* intercesserit. Primo casu damnum quavis, etiam levissima, culpa datum, est resarciendum *l. 44. ad L. aquil. l. 2. C. eod.* nam læsus in nullam consensit; secundo vero, ea saltem culpa præstanda est, quam natura contractus aliæque circumstantiæ exigunt de quo *l. 2. c. 3. §. 11. seqq.* in genere dictum *conf.* OBSERV. LAUTERB. *Observ. 1341. 1342.* Exigitur autem damni restitutio, actione L. aquiliæ, quæ etiam *actio ædium incensarum* dici potest *v. l. 7. §. 13. de pact.*

§. 5. Præterea incendiarius culposus, etiam arbitrarie puniri potest, & quidem ob culpam latam, ac incendium majus, relegatione vel etiam fustigatione, ob culpam vero levem vel levissimam, modicumque incendium, multa aut carcere *v.* CARPZ. *p. 1. qu. 39. n. 32.* quod ultimum frustra à nonnullis negatur ex *l. 9. 11. de incend. naufr. ruin. l. 28. §. 12. de pœn. v.* LAUT. *C. J. ad L. Corn. de sicar. in fin.* cum vel ex illis textibus liqueat, leviorem culpam, pœna pecuniaria, vel modica corporis afflictione, coerceri posse *v.* MATH. *de crim. l. 48. tit. 5. c. 6. n. 4.*

§. 6. Uti autem, si damnum restitui nequeat, pœna non immerito intenditur *v.* CARPZ. *d. qu. 39. n. 46. seqq.* ita, in Saxonia Electorali, quæritur, an *pœna fustigationis imposita, reum à necessitate damni restituendi liberet?* Merito hoc negatur *v.* RAUCHBAR. *p. 2. qu. 10. n. 17.* nam obligatio rei persecutoria & pœnalis, sese regulariter non consumunt, cui principio adeo tamdiu standum erit, donec probetur contrarium, quod hic fieri non posse videtur, maxime cum fures, rei ablatæ restitutione, pœnam fustigationis non evitent *Const. 32. in fin.*

p.4. Si adeo damni restitutio non consumit pœnam, nec hæc illam tollet, nam hæc utique cohærent, etsi ita non videatur Carpz. *d. qu.* 39. *n.* 42. *seqq.*

§. 7. Cæterum illi effectus, incendium non aliter sequuntur, quam si culpa certi alicujus hominis legitime probetur. Quodsi adeo quis agat contra vicinum, in cujus ædibus incendium exortum erat, ab eoque petat damni restitutionem, tum ipsius culpam probare debet, culpa enim facti est, adeoque non magis præsumitur, quam contractus vel delictum in genere, quæ verissima est nonnullorum sententia *v.* Rauchbar. *p.* 2. *qu.* 10. *n.* 50. Finckelth. *Obs.* 89. Lauterb. *C.J. ad L. aquil. in fin.* Aqua frustra abeunt Vinn. *S. Q. l.* 1. *c.* 33. Carpz. *d. qu.* 39. *n* 58. *seqq.* Licet enim plerumque incendia, hominum culpa fiant *l.* 3. *§.* 1. *de Off. præf. vigil. l.* 11. *de P. & C. rei vend.* inde tamen culpa hominis certi non statim præsumitur, ceu ipsa *l.* 11. innuit, hinc merito prior sententia confirmata in *Decis. Saxon.* 80.

§. 8. Tenetur tamen inhabitator ædium, non tantum, si, ex ejus culpa, immediate incendium exortum probetur, sed & si doceatur quod facto famulorum idem sit excitatum, dummodo ejus culpa concurrens simul ostendatur, hæc vero potissimum ex eo colligitur, si dominus, in famulorum electione, culpam commiserit, ac hi in officio deliquerint, *v. l.* 1. *C. ad L. Jul. repet. l.* 27. *§.* 9. *ad L. aquil. l.* 11. *locat. l.* 1. *§.* 5. *furt. advers. naut. caup. Decis. Saxon.* 79. Carpz. *d. qu.* 39. *n.* 51. *seqq. p.* 4. *C.* 17. *D.* 13. 14. Lauterb. *C. J. de noxal. action. in fin.* Quodsi dominus, ad noxium famulorum factum, positive concurrerit, ejus obligatio est magis liquida.

§. 9. Incendium dolosum, jure civili, varie punitur, fere pro diversitate loci, & personæ delinquentis *v. l.* 1. 10. *ad L. Cornel. de sicar. l.* 9. 12. *§.* 1. *de incend. ruin. naufr. l.* 16. *§.* 9. *l.* 28. *§.* 12. *de pœn. l.* 11. *C. de his qui accus. non poss. l.* 5. *ad L. Jul. de vi publ.* Math. *de crim. l.* 48. *tit.* 5. *c.* 6. Carpz. *qu.* 38. *n.* 3. *seqq.* Jure Saxonico incendiarii, qui homines necarunt, *Mordbrenner*, rota, incendiarii vero simplices, *Brenner*, gladio puniuntur *Landr. l.* 2. *art.* 13. Carpz. *d. l. n.* 10. *seqq.* Juxta ordinationem Carolinam *art.* 125. incendiarii dolosi concremantur, quæ pœna etiam in Electoratu Saxoniæ obtinet *Const.* 7. *p.* 4. Carpz. *d. l. n.* 8. *seqq.*

§. 10.

§. 10. Solet autem, ob generalitatem ſanctionis, illa pœna varie extendi, ut locum habeat, cujuscunque ſexus vel conditionis ſit delinquens, ſive ignis in civitate, ſive extra eam, ſit excitatus, magnum an modicum ſit incendium vel etiam plane non nocuerit, ſive immediate ſive mediate fuerit perpetratum, ſponte an ob præviam offenſionem: Ob reiteratum tamen ſcelus, pœna ignis exaſperari non ſolet, niſi alia crimina concurrant CARPZ. *d. qu. 38. n. 15. ſeqq.* Quod eo magis admittendum videtur, quo minus omnes ultimorum ſuppliciorum exaſperationes, cum legibus divinis, conciliari poſſunt.

§. 11. Sicut autem reus, qui materiam, igni concipiendo aptam poſuit, ſed nondum inflammavit, merito mitius, fuſtigatione ſcilicet, vel alia pœna arbitraria, punitur CARPZ. *d. l. n. 41. 42.* ita, ob conſummatum etiam delictum, pœna ignis non ſemper imponitur, nempe ſi aliqua excuſationis cauſa adſit, puta ſi delinquens, pœnitentia ductus, materiam inflammatam auferat, vel, orto jam incendio, ad illud reſtingvendum homines mature convocet, aut ſi ſimplicitas vel ætas eum quodammodo excuſet, quibus caſibus pœna gladii imponi ſolet CARPZ. *qu. 39. n. 2. ſeqq.* quamvis, ſi rigorem ſanctionis pœnalis ſpectes, ejus rei arbitrium non tam penes judices, quam Imperantem eſſe videatur.

§. 12. Licet vero incendiarius igne vel gladio punitus ſit, ex ejus bonis tamen, damnum nihilominus eſt reſarciendum, id quod de jure civili certum CARPZ. *d. qu. 39. n. 39. ſeqq.* cumque principio iſti, de concurſu obligationis rei perſecutoriæ & pœnalis, in dubio ſtandum ſit, ceu admonitum §. 6. *h.* hinc, nec jure Saxonico, aliud dicendum videtur, cum exceptio liquido ſatis probari nequeat, licet ita putet CARPZ. *d. l. n. 42. ſeqq.* cujus ſententia ex eo quoque dubia redditur, quod IPSE *qu. 38. n. 44.* doceat, *damni reſtitutionem, non excludere pœnam ignis*, nam exinde utique ſequitur, quod nec hæc, illam tollat, ſed quod potius utraque concurrat.

§. 13. Quodſi incendiarius, vel culpoſus vel doloſus damnum, ob inopiam, reſarcire nequeat, prout quidem plerumque accidit, tum tale incendium, induit naturam incendii fortuiti, hinc quæ de obligatione aliorum hominum, hujus intuitu, diximus §. 23. ea quoque ad illud applicari poſſunt. Illud etiam, circa incendia notari meretur, quod

debitor aut creditor, quibus, sine sua culpa, ignis apocham vel chirographum abstulit, non immerito ad juramentum, quo solutionem vel debitum probent, admittantur CARPZ. *qu*. 39. *n*. 71.

§. 14. Aliquando occasione incendii similisve calamitatis, homines improbi, res dolose auferunt vel corrumpunt, contra quos, jure Romano, tam criminaliter, quam civiliter, in quadruplum, agi poterat *l. 1. pr. §. 1. de incend. ruin. naufr.* Sed hodie læsus damni restitutionem exigit, pœna vero arbitrio Magistratus imponitur, ita quidem ut incendii, similisve infortunii, velut circumstantiæ delictum aggravantis, non immerito ratio habeatur.

CAPUT VII.

DE DOLO ET STELLIONATU.

SUMMARIA.

Dolus diversimode accipitur §. 1.
Contra decipientem datur exceptio §. 2. 3.
Et actio doli §. 4.
Ejus qualitates §. 5. 6. Subjectum §. 7.
Materia & contraria §. 8.
Stellionatus indoles & exempla §. 9. 10.
Stellionis obligatio §. 11.
Nonnulla hoc delictum excludunt §. 12.
Res dolo vel Stellionatu amissa à tertio potest repeti §. 13.

§. 1.



Dolus in genere, est *propositum agendi contra legem*, quo sensu ille, in omnibus delictis veris, requiritur. Præterea vero, pro peculiari delicto, idem accipitur, id quod iterum dupliciter fieri videtur, vel *intuitu contractuum ineundorum*, quo sensu est, *fraudulenta machinatio, qua aliud agitur, aliud simulatur, alterius decipiendi causa v. l. 2. c. 3. §. 9.* vel sine *respectu ad contractus*, tunc est *voluntaria alterius deceptio, speciali delicti nomine carens*, exempla hujus suppositionis passim occurrunt *v. l. 9. §. 3. 4. l. 19. 20. l. 24. 25. de dol.*

§. 2. Hoc loco dolus consideratur, quatenus peculiare delictum est, quod vel circa contractus, vel seorsim se exserit: Primo respectu, de effectu contractus, dolo eliciti vel vitiati, quæritur, de quo dictum *l. 2. c. 4. §. 43. 44. 45.* Tam primo autem quam secundo respectu, insuper effectus doli, velut peculiaris delicti, spectari debet, quæ consideratio huc pertinet. Scilicet quando dolosus nondum aliquid consecu-

fecutus eft, tum, fi rem petat, repellitur *doli exceptione fpeciali l.* 1. §. 1. *de dol. except.* à qua differt exceptio doli *generalis*, quæ cum omnibus aliis exceptionibus concurrere dicitur *l.* 2. *§.* 5. *l.* 12. *cod. v.* LAUTERB. *C. J. de dol. except.* hinc revera nihil aliud eft, quam generale nomen, quo alias exceptiones quoque exprimere licet.

§. 3. Circa exceptionem autem doli, notare folent (1.) quod præfupponat negotium, ipfo jure validum *l.* 36. *de V. O.* §. 1. *J. de except.* hoc fruftra hodie inculcatur, cum res eodem recidat, five negotium ipfo jure nullum, five exceptione elidendum dicas, interim verum manet, quod diverfa hujus exceptionis fit intentio, nam aliquando hoc agitur, ut à contractu plane difcedatur, aliquando, ut, eo falvo, læfio emendetur (2.) quod bonæ fidei judiciis infit *l.* 21. *folut. matrim.* (3.) quod non detur contra fucceflorem, ex caufa onerofa talem *l.* 4. *§.* 27. *de dol. except.* utrumque fummi juris & proceffus antiqui, confectarium eft, & hodie ceffat (4.) quod non excludatur replicatione doli; *l.* 4. §. 13. *cod.* quod non aliter verum, quam fi replicatio frivola fit *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obf.* 117. 120. 1130. 1131.

§. 4. Quando autem decipiens rem accepit, tum naturaliter ad ejus reftitutionem obligatur, præterea pœna aliqua non inique ei imponitur. Ad illum finem comparata eft, in jure Romano, *actio doli*, quæ tamen, juxta ejus fubtilitates, non indiftincte obtinet. Dicitur effe *actio prætoria, perfonalis, fubfidiaria, rei perfecutoria, arbitraria & famofa, competens deceptis & hæredibus, adverfus decipientes, ad damni illati reftitutionem.* Ex quo jam liquet, actionem illam effe partim naturalem, partim pofitivam, ex qua diverfitate, ejus quoque ufus dijudicandus eft.

§. 5. Oritur ex dolo *l.* 1. *de dol.* hinc *perfonalis* actio dicitur, quod naturale eft, non tamen ftatim obtinet, fed tum demum, fi aliæ actiones, vel ex contractibus vel delictis defcendentes, deficiant, à quo ordine, *fubfidiaria* & *prætoria* vocatur *l.* 1. *§.* 1. 4. *l.* 7. *§.* 1. *feqq. de dol.* Sed uti id mere Romanum, nec fatis etiam liquidum eft, ita hodie non obfervatur, cum ex tricis antiqui proceffus formularii, illud omne refultet. Satis igitur hodie eft, quod ob dolum agi queat, quo nomine vero actionem exprimas, nihil refert *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obf.* 120. 121.

§. 6. Quia ex dolo defcendit, ideo *famofa* quoque hæc actio effe dici-

dicitur *l. 1. §. 4. de dol. l. 1. de his qui not. infam.* sed & hoc Romanum, ac quodammodo absurdum est, cum enim actio doli subsidiaria sit, quæ in locum actionis famosæ & non famosæ surrogari debet, merito in-indifferens fuisset formanda, nunc, cum semper famosa est, evenit, ut non tantum idem delictum inæqualiter, sed &, majus levi, mitius puniatur; Sic in *l. 1. §. 4. de dol.* duplex perfidia, salva existimatione, committitur, sed simplicem manet infamia. Putem igitur, nec hanc sanctionem, hodie esse observandam, vel minimum eam ad illos casus restringendam, in quibus, ob dolum alias infamia sequitur.

§. 7. Datur actio doli, deceptis & hæredibus *l. 1. 13. de dol.* non tamen competit liberis contra parentes, vel personis vilibus, adversus honoratiores, sed hoc casu actio in factum læsis conceditur *l. 11. 12. de dol. l. 4. §. 16. de dol. mal. except.* quæ actionum diversitas, ad effectum infamiæ, respicit, hunc ergo si neges, nec illa alicujus erit usus. Datur contra decipientes *v. l. 13. §. 1. l. 14. 15. de dol.* plures, ut correi, obligantur *l. 17. eod.* Contra hæredes datur, sub qualitate actionis in factum, quatenus aliquid pervenit *l. 13. 17. §. 1. l. 26. 27. 28. 29. de dol.* qua ratione etiam, contra dominum, ex dolo administratoris competit *l. 15. pr. §. 1. 2. de dol.* Sed contra hæredes merito in solidum competere debebat.

§. 8. Petitur res cum omni causa *l. 35. de V. S.* ob rem minimam tamen actio doli non conceditur *l. 9. §. f. l. 10. 16. de dol.* sed datur actio in factum *v.* DONELL. *l. 15. c. 40. lit. d. d.* Quod si res casu perierit, vel reus, ad arbitrium judicis, rem non restituat, actor interesse, jurejurando in litem determinandum, exigit *l. 18. pr. §. 1. 4. de dol.* hinc actio dicitur *arbitraria;* hodie tamen posteriori casu jurijurando locus esse non videtur, sed potius res judicata executioni datur, hinc prædicatum actionis arbitrariæ, quoque est otiosum. Alia pœna jure Romano, quod sciam, non obtinuit, dubitandum tamen non videtur, quin arbitraria pœna doloso quandoque possit imponi. Finitur actio doli, vel instituenda vel instituta, biennio *l. fin. C. de dol. add. l. 28. 29. ff. eod.* quod itidem hodie nullius usus *v.* MYNSING. *Cent. 1. Obs. 51.* LAUT. *C. J. de dol.*

§. 9. Stellionatus est *dolus improbior*, eoque nomine usi sunt Romani in subsidium, deficiente alio criminis titulo *l. 3. §. 1. stellion.*

vid.

v. MATH. *de crim. l. 47. tit. 13. c. 1. n. 1.* Stellionatus igitur rei ſunt qui impoſturam vel colluſionem, in necem alterius faciunt *d. l. 3. §. 1.* Ut (1.) qui rem oppignoratam, diſſimulata obligatione, alienavit *d. l. 3. §. 1.* (2.) vel alteri oppignoravit *l. 1. 4. C. eod. l. 16. §. 1. l. 36. §. 1 de pign. action.* quod etiam, de univerſis bonis, intelligi poteſt, quoad generalem tamen hypothecam, fraus tam facile intervenire non poſſe videtur, quam quoad ſpecialem *v.* MATH. *d. l. n. 3.* Quod ſi quis rem eandem, duobus in ſolidum vendiderit, falſum potius, quam ſtellionatum committit *l. 21. ad L. Cornel. de falſ. v.* MATH. *d. l. n. 4.* nam venditio ſemper noxia eſt, ſecus ac oppignoratio LAUTERB. *C. J. ſtellion.*

§. 10. Porro Stellionatus crimen committit (3) qui æs pro auro *l. 1. §. 2. l. 36. de pign. action.* vel (4.) rem alienam ſciens ignoranti creditori oppignoravit *l. 16. §. 1. l. 36. §. 1. de pign. action. l. 2. C. de crim. ſtellion.* maxime ſi pejeraverit, rem ſuam eſſe *l. fin. ff. eod. v.* MATH. *d. l. n. 5.* (5.) qui pecuniam non numeratam, vel jam ſolutam exigit *l. 29. §. 2. ſ. mand.* (6.) merces corruptas diſtrahit *l. 3. §. 1. ſtellion.* (7.) qui divitem ſe ſimulat, quo eo gravius æs alienum conflet *l. 43. §. 3. de furt.* & ſi quæ alia ejus generis ſunt exempla *v.* MATH. *d. l. n. 6.* LAUT. *C. J. ſtellion.*

§. 11. Obligatur Stellio ad damnum reſarciendum, hoc enim æquitas exigit *v. l. 7. §. 1. de condict. furt.* & antea de dolo dicta *§. 7. 8.* confirmant *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obſ. 1280.* Præterea quoque pœnam ſuſtinere cogitur *l. 3. §. 2. l. 4. ſtellion.* hodie arbitrariam CARPZ. *p. 3. qu. 133. n. 3.* Condemnatus fit infamis *l. 13. §. fin. de his qui not. infam.* licet Stellionatus judicium, jure Romano, famoſum, i. e. publicum non ſit *l. 2. ſtellion. v.* OBSERV. LAUTERB. *Obſ. 1278. add.* HILLIG. *ad Donell. l. 18. c. 8. lit. R.* LAUT. *C. J. ſtellion.*

§. 12. Ceſſat Stellionatus (1.) ob ignorantiam *l. 16. §. 1. de pign. act.* (2.) certiorationem *d. l. 16. §. 1. in fin. l. 36. §. 1. eod.* (3.) rei oppignoratæ ſufficientiam *d. l. 36. §. 1. in fin.* (4.) concurrentem adverſarii fraudem *v. l. 2. C. ſi alien. res pign.* (5.) ſatisfactionem, creditori poſteriori præſtitam *l. 1. C. de crim. ſtellion.* quod hic velut ſingulare notant, cum pœnitentia delictum alias non excludat *l. 65. de furt. l. 5. vi bon. raptor. l. 17. §. 1. de ædilit. edict. v.* MATH. *d. l. c. 2. n. 3.* Verum nihil ſingulare hic eſt, nam an oppignoratio, pluribus facta, in crimen in-

 cidat,

cidat, nec ne, id ab eventu dependet, quodsi adeo posteriori Creditori debitum solvatur, tum non delictum, sed conatum saltem delinquendi subfuisse apparet, perinde ut in *l. 7. §. 4. quod vi aut clam v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs.* 1279.

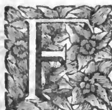
§. 13. Illud adhuc quæri potest, *an res dolo vel Stellionatu amissa, à tertio possessore, possit repeti?* de dolo hoc negare solent, cum per contractum dolo elicitum, licet ipso jure nullum, dominium tamen transferatur *v.* LAUTERB. *C. J. de dol.* juxta quæ idem forte de Stellionatu dicendum erit. Verum uti illa sententia ab æquitate abit, ita nec de jure civili satis certa est, nec moribus servatur, quare dicendum potius, quod contra tertium possessorem, tam rei vindicatio, quam condictio sine causa, possit institui, maxime cum idem jus, in casu coactionis, observetur *v. c. 3. §. 8.* & nulla solida disparitatis ratio, inter vim & dolum, hic reddi queat, *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs.* 118.

CAPUT VIII.
DE FALSO.

SUMMARIA.

Falsi natura quodammodo ambigua est §. 1. 2.
Hodie à dolo vel Stellionatu id non sollicite distinguendum §. 3.
Diversa falsi genera §. 4.
Respicit illud personas §. 5.
Res §. 6. Et actus §. 7. 8. 9.
Dolus circa falsum probandus §. 10.
Falsarius damnum resarcire §. 11.
Ac pœnam excipere tenetur §. 12.
Pœna depravatæ monetæ est diversa §. 13.
Aliter punitur, si adjunctum habeat crimen læsæ Majestatis §. 14. 15. 16.
Aliter si separatim committatur §. 17.
Resolutio grandioris monetæ in utramque falsi formam incidit, ac varie punitur §. 18. 19.

§. I.



FAlsum, est *dolosa, in alterius scilicet præjudicium, contra legem, facta, veritatis immutatio, nomine falsi specialiter notata v. l. 23. ad L. Cornel. de fals. l. 38. §. 6. de pœn. Nov. 73. pr.* Respicit hoc delictum, sine dubio, res aliorum, de cætero est naturæ quodammodo ambiguæ, hinc, apud Romanos, non raro disputatur, utrum delictum aliquod, sit falsum, an aliud crimen extraordinarium *v. l. 8. de extraord. crim. junct. l. 1. §. 4. l. 16. ad L. Cornel.*

de

de fals. l. 27. seqq. de furt. l. 6. §. 1. 2. de extraord. crim. l. 32. §. 1. ad L. Cornel. de fals.

§. 2. Aliquando etiam delictum, pro falso, non fuit habitum à certa aliqua lege, quod tamen postea, ad species falsi, relatum est *vid. l. 2. ad L. Cornel. de fals. l. 8. C. eod. l. 4. C. si reus vel accus. mort. junct. l. 13. §. 1. ad L. Cornel. de fals.* hinc, ad conciliandos textus, tempora & leges distingvi solent, ea quidem ratione, ut, in eodem crimine vindicando, judicium publicum & privatum seu extraordinarium quandoque etiam concurrisse existimetur. Ex eodem principio fluxit distinctio, in *falsum*, quod Lege Cornelia, & *quasi falsum* quod constitutionibus & SCtis vindicatur *v.* MATH. *de crim. l. 48. tit. 7. c. 1.*

§. 3. Cæterum hodie omnis ista sollicitudo, nullius videtur esse utilitatis, nec aliquis fuerit error, si nomine doli, stellionatus & falsi promiscue utamur, nam discrimen delictorum publicorum & extraordinariorum hodie cessat, præterea, in omnia illa delicta, pœna arbitraria, regulariter est constituta, hinc operæ pretium non videtur, illa anxie separare, denique si aliqua species certam habeat pœnam, satis erit hanc nosse, quocunque etiam nomine delictum exprimatur. Inprimis ergo hodie frustra disputari arbitror, utrum aliquid delictum, Stellionatus, an falsum sit *v.* MATH. *d. c. 1. n. 15.* Interim certum manet, quod delictorum horum, quocunque etiam nomine veniant, non eadem semper sit quantitas *conf.* OBSERV. LAUTERB. *Observ. 1345.*

§. 4. Sunt autem plures falsorum species, quas ad certa genera revocare, non satis expeditum est. Quidam duplex falsum constituunt, *testamentarium* & *nummarium v.* MATH. *d. c. 1. n. 1.* Sed illud adeo extenditur, ut omnes species, non nisi incongrue, sub illo comprehendi videantur. Nec multum profeceris, si *falsum* & *quasi falsum* fundamenti loco supponas, nam hoc discrimen, saltem innuit diversas Romanorum leges, falsum punientes, speciebus vero falsi, distincte proponendis, parum est idoneum. Ex objecto, summa genera communiter repetunt *v.* CARPZ. *p. 2. qu. 93. n. 25. 26.* nec incongruum videtur, si falsum in *personis, rebus* & *gestis*, quæ scilicet, ad asserenda & probanda jura pertinent, committi dicumus.

§. 5. Ad primum genus spectat (1.) suppositio partus *l. 19. §. 1. l. 30. §. 1. ff. l. 1. 10. C. ad L. Corn. de fals.* (2.) alienæ personæ, v. gr. te-

ſtatoris ſubſtitutio (3.) nominis doloſa mutatio *l. 13. ad L. Cornel. de falſ.* (4.) ementita dignitas vel officium *l. 27. §. 2. eod. l. un. C. ad L. Viſell.* (5.) reiteratio baptiſmi, lucri cauſa facta *v.* CARPZ. *qu. 93. n. 27. ſeqq.* (6.) ſimulatio vulnerum, movendæ aliorum miſericordiæ ID. *d. l. n. 75.* & ſi quæ aliæ ejus generis impoſturæ ſunt *v.* MATH. *de crim. l. 48. tit. 7. c. 1. n. 17. 18.*

§. 6. Ad ſecundum genus pertinet (1.) ſi quis menſuras & pondera falſaverit *l. 32. §. 1. ad L. Cornel. de falſ. Ord. Crim. art. 113.* CARPZ. *d. qu. 93. n. 78. ſeqq.* (2.) merces venales corruperit *d. art. 113.* quæ falſi ſpecies in commerciis latiſſime patet CARPZ. *d. l. n. 86. ſeqq.* utut, jure Romano, hanc impoſturam, ad ſtellionatum, alii referre malint MATH. *d. c. 1. n. 15.* (3.) monetam adulteraverit *l. 8. 9. ad L. Cornel. de falſ. l. 1. C. de veter. numiſm. poteſt. v.* MATH. *d. tit. 7. c. 4.* quod falſum aliquando crimen læſæ Majeſtatis habet adjunctum CARPZ. *d. l. n. 94.*

§. 7. Tertii generis falſum, iterum duplex eſſe videtur, vel enim hoc agitur, ut *falſus actus fiat*, vel *ut id, quod vere geſtum eſt, corrumpatur.* Ad primam claſſem pertinet (1.) qui teſtimonii cauſa pecuniam dat vel accipit *l. 1. §. 1. 2. l. 9. §. pen. l. 20. l. 27. §. 1. ad L. Cornel. de falſ. v.* MATH. *d. tit. 7. c. 1. n. 9. ſeqq.* CARPZ. *d. qu. 93. n. 46. ſeqq.* (2.) qui delatorem in cauſa pecuniaria ſummittit *l. 9. §. fin. eod.* (3.) qui falſis conſtitutionibus utitur *l. 29. 33. ff. l. 4. 20. C. eod. l. 1. C. de immun. nem. conced. l. 4. 5. C. ſi contr. jus vel util. publ.* (4.) judex, qui contra jus publicum pronunciavit, *l. 1. §. 23. ad L. Corn. de falſ.* CARPZ. *d. l. n. 52. ſeqq.*

§. 8. Eodem etiam referendi (5.) tutor, qui ante reſtitutam tutelam, cum fiſco contraxit *l. 1. §. 9. ad L. Cornel. de falſ. l. 49. locat.* (2.) creditor, qui cum debitore colludens rem vendidit *l. 15. C. ad L. Cornel. de falſ.* (3.) debitor, qui prælato die pignoris obligationem mentitur *l. 28. ff. eod. l. 3. de fid. inſtrum.* (4.) qui duobus eandem rem in ſolidum diverſis contractibus vendidit *l. 21. ad L. Cornel. de falſ.* (5.) qui falſa inſtrumenta confecit *l. 16. §. 1. l. 23. 25. 30. ff. l. 13. C. eod. Ord. Crim. art. 112.* (6.) mendicantes, qui falſis literis utuntur CARPZ. *qu. 93. n. 72. ſeqq.* (7.) luſores perſonati, qui falſis taxillis homines decipiunt IDEM *d. l. n. 92.*

§. 9. Ad ſecundam claſſem pertinent ii, qui (1.) teſtamenta aliorum

rum quovis modo corrumpunt, vel etiam falso testamento utuntur *l. 1. §. 5. l. 2. 7. 16. ff. l. 14. C. ad L. Cornel. de fals. vid.* MATH. *l. 48. tit. 7. c. 1. n. 2. 3.* in specie (2.) qui sibi in testamento adscribunt *l. 1. §. 7. l. 6. 10. 14. 15. 17. 18. ad L. Cornel. de fals.* nisi, jussu testatoris hoc factum esse, ex hujus subscriptione appareat *l. 1. §. 8. eod. l. 2. fin. C. de his qui sib. adscrib. v.* MATH. *d. tit. 7. c. 1. n. 4.* (3.) qui alia instrumenta corrumpunt *l. 1. §. 4. l. 16. §. 1. 2. l. 23. 25. 32. ad L. Cornel. de fals.* (4.) qui publica instrumenta surripiunt *l. 1. §. 4. l. 16. eod.* vel resignant *l. 1. §. 5. l. 2. l. 16. §. 2. eod.* (5.) instrumenta aliena produnt *l. 1. §. 6. eod.* MATH. *d. c. 1. n. 5. seqq.* CARPZ. *qu. 9. v. 3. n. 62. seqq.*

§. 10. Cæterum in omnibus illis exemplis similibusque, requiritur ut dolose quid, in præjudicium veritatis, factum sit *l. 2. ff. l. 20. C. ad L. Cornel. de fals.* hinc error excusat *l. 31. eod.* modo non sit affectatus & supinus *l. 15. eod.* Debet ergo dolus legitime probari *l. 6. C. de dol. mal. l. 19. §. 1. de probat.* & stat pro eo, qui falsi insimulatur, etiam præsumtio probitatis & innocentiæ, quamdiu illa, probatione contraria, non est elisa, hoc autem facto, innocentia probationibus est defendenda, nisi reus succumbere velit *l. 22. C. ad L. Corn. de fals.* Sufficit autem, delictum perfectum probari, licet id effectum non habuerit *l. 6. l. 19. l. 22. §. 4. ad L. Corn. de fals. add.* MATH. *d. l. 48. tit. 7. c. 6.*

§. 11. Falso commisso, falsarius vel sperato lucro excidit, vel damnum illatum resarcire cogitur, quo nomine, pro casuum diversitate, exceptio *v. l. 1. §. 3. de dol. except.* replicatio *l. 19. C. de transact.* restitutio in integrum *l. 33. de re judic.* & actio competit *v. l. 9. §. 2. l. 18. §. 3. l. 35. de dol. l. 41. ad L. aquil. l. 1. §. 38. depos. l. 3. §. 6. de tab. exhib. l. 21. ad L. Cornel. de fals. junct. l. 15. C. de R. V. l. 1. ff. l. 4. 10. C. de A. E. V.* Aliquando tamen, si læsio indefinita sit, & plures respiciat, quod, circa depravationem monetæ, inprimis contingit, de damno restituendo, nihil auditur, si nihilominus læsio probari queat, necessitas eam emendandi omnino obtinebit *conf.* MATH. *d. tit. 7. c. 3. 6.*

§. 12. Præterea quoque falsarius obligatur ad pœnam, & jure quidem Romano, pœna pecuniaria *l. 25. 32. ad L. Cornel. de fals.* deportatio *l. 1. §. fin. eod.* ultimum supplicium *l. 22. C. eod.* relegatio

l. 21. eod. aliaque arbitraria *l. 27. §. 2. eod.* imponitur *v.* MATH. *d. l. c. 2.* Ex constitutione Friderici aliquando falsum, manus amputatione & infamia, punitur *II. f. 55. pr. in fin.* Hodie pœna est arbitraria *Ord. crim. art. 112. 113.* & non raro pœna fustigationis vel relegationis decernitur *v.* CARPZ. *qu. 93. n. 16. seqq.* ad ultimum supplicium quoque nonnunquam deveniri potest *l. 22. C. ad L. Corn. de fals. art. 112. 113. Ord. crim.* CARPZ. *d. l. n. 95. seqq.*

§. 13. Si ex falso testimonio, innocens ultimo supplicio affectus sit, testis pœna talionis merito coercetur *l. 1. §. 1. ad L. Cornel. de sicar. Ord. crim. art. 68.* CARPZOV. *d. l. n. 46.* Quoad depravationem monetæ, specialius etiam quædam sancita sunt, circa quæ distingvendum videtur, utrum *falsum cum crimine læsæ Majestatis conjunctum sit*, an *seorsim occurrat*, quam distinctionem vulgo vel plane negligunt, vel saltem non, prout par erat, attendunt, dum Statum Reipublicæ Romanæ & Germanicæ non satis distinguunt.

§. 14. Prius contingit, quando ii, quibus jus cudendi monetam non competit, privato ausu monetam cudunt, quo casu rursus distingvendum, utrum ratione *materiæ*, an *formæ* moneta falsetur, seu clarius, utrum *prava*, an *proba* moneta cudatur. Primo casu falsarius, qui vel pravos nummos percussit, vel eos dolose expendit, ignis supplicio punitur *l. 1. 2. C. de fals. monet. Ord. crim. art. 111.* CARPZ. *p. 1. qu. 42. n. 21. seqq.* Sed in Saxonia Electorali utrumque conjunctim requiritur, IDEM *d. l. n. 28. seqq.* alias monetam pravam cudenti, pœna gladii, dolose vero expendenti, fustigationis imponitur IDEM *d. l. n. 91. seqq.*

§. 15. Si quis, in domo sua, monetam pravam formari passus sit, tum illa fisco addicitur *l. 1. C. de fals. monet. Ord. crim. art. 111.* ac dominus, si inde lucrum aliquod acceperit, arbitrarie insuper puniri solet CARPZ. *d. qu. 42. n. 118. seqq.* Cæterum illa ad privatos pertinent, an vero Status imperii, qui jure cudendi monetam destituti, adulterinos nummos cudunt, tam gravi pœna afficiendi sint, non immerito dubites, licet enim, ob delicta commissa, judiciis imperii subsint, attamen sublimior eorum conditio, tantum pœnarum rigorem excludere videtur.

§. 16. Secundo casu, quando scilicet, sine jure, proba moneta cudi-

cuditur, habet locum pœna arbitraria *Ord. crim. art. 111.* Poteſt autem id dupliciter fieri (1.) ſi Status imperii, monetæ Regali deſtitutus, monetam, ſub proprio ſuo ſigno, percuti faciat *v.* CARPZ. *qu. 43. n. 4. ſeqq.* (2.) ſi vel ejusmodi Status, vel etiam privatus, nummis, à ſe cuſis, alterius Status, jure monetali gaudentis, ſignum imponat CARPZ. *d. l. n. 25. ſeqq.* Cæterum hoc delictum rarius videtur, cum non valde lucroſum ſit *v.* CARPZ. *d. l. n. 23. 24.*

§. 17. Poſterius, ut nempe falſum, ſine crimine læſæ Majeſtatis, committatur, generaliter contingit, ſi, ſub auſpiciis ejus, qui jus cudendi monetam habet, nummi adulterentur, vel etiam jam cuſi corrumpantur. Fit igitur hoc (1.) ſi privati, in officinis monetalibus, pravam monetam cudant, quod malum ſæpe experta eſt Germania (2.) ſi monetæ probæ, ſignum alienum imponatur (3.) ſi nummi cuſi radantur, vel alia ratione eorum bonitas imminuatur. Quod crimen arbitrarie punitur *Ord. crim. art. 111. v.* CARPZ. *d. l. n. 31. ſeqq.* in ſpecie Status imperii, qui in officinis ſuis id fieri permittunt, amiſſione juris ſui plectuntur *d. ord. art. 111. in fin. v. Ord. monet. 1559. §. wir ordnen 170. R. J. 1551. §. ſo haben wir 46. R. J. 1570. §. als dann auch. 132. Capitul. Leopold. art. 34.*

§. 18. Si quis monetam grandiorem reflaverit ac in fornacem conjectam reſolverit, ut minorem efficiat, illum arbitrarie puniendum eſſe dicunt *v.* CARPZ. *d. l. n. 49. ſeqq.* Sed, re penitius expenſa, diſtincte magis hic pronunciari poteſt, nam illa reſolutio, in omnes falſi formas, *§. 14. 15. 16. 17.* notatas, incidere poteſt, hinc pœna ignis illa erit coercenda, ſi falſum, cum crimine læſæ Majeſtatis, ſit conjunctum, & prava moneta cauſa *Ord. monet. 1559. §. wir ordnen 170.* ſi vero proba moneta cudatur, aut delictum Majeſtatis abſit, arbitraria pœna locum habebit *Ord. crim. art. 111. Ord. monet. 1559. §. hirauff ſetzen 161. R. J. 1566. §. was dan 167. R. J. 1570. §. und ſonderlich 143.*

§. 19. Sic recte fortaſſis leges, diverſimode loquentes, compoſueris, nec opus erit, ut cum CARPZ. *d. qu. 43. n. 51.* dicamus, pœnam ignis, utpote nimis rigoroſam, non facile delinquentibus imponendam eſſe, nam pœna illa haut generalis eſt, ſi vero, ad caſum ſuum, referatur, neque nimis rigoroſa, neque infrequens videtur *add.* OBSERV. LAUTERB. *Obſ. 1347. 1348.* Quodſi moneta grandior reſolvatur alium

alium in usum v. gr. ab aurifice, ut inde vasa argentea vel aurea conficiat, id; nisi abusus accedat, extra crimen esse videtur *v. Ord. monet. 1559. §. dergleichen 172.*

CAPUT IX.
DE DELICTIS AMBIGUIS.

SUMMARIA.

§. 1.

DElicta *ambigua* vocamus, *quorum moralitas non semper satis est evidens*, dum scilicet idem actus, aliquando indifferens & licitus est, aliquando vero, mutatis circumstantiis, quarum tamen dijudicatio non usque adeo liquida est, in delictum incidit. Quodsi aliquis ea dicere velit *innominata*, vel alium titulum magis aptum iis applicare, haud equidem refragabimur. *vid.* CARP. *p. 3. qu. 134. n. 1.* Neque etiam exactum illorum pollicemur catalogum, sed præsens Caput nonnullis exemplis illustrasse, nobis sufficiet.

§. 2. In hunc censum ergo poterit referri (1.) *Perjurium*, quod quamvis in Deum committatur, adeoque alio referendum videatur, attamen, ad decipiendos homines illud etiam pertinere, manifestum est, hinc non incongrue delictis, res aliorum concernentibus, idem annumerabitur. Ejus indolem jam exposui, imo pœnam quoque attigi *l. 2. c. 14. §. 21. seqq.* ex qua doctrina liquet, perjurium ambiguæ omnino indolis esse, adeo ut sæpe delictum hoc homines lateat, ac effectum veri juramenti habeat: In genere tamen perjurium, quod juramento promissorio opponitur, facilius detegi posse videtur, quam quod assertorii locum subit.

§. 3.

§. 3. Sed ut explicatius nonnihil, de effectu perjurii, agamus, illud quidem hodie anxie inquirendum non eſt, utrum perjurium, delictum privatum, an extraordinarium vel publicum ſit, de quo alias diſputari ſolet *v.* MATH. *de crim. l. 47. tit. ult. c. 1. n. 1.* Illud certum, quod de jure etiam civili varie punitum ſit *v. l. 13. §. fin. de jurejur. l. 22. de dol. l. fin. Stellion. l. 41. C. de transact. l. 13. C. de teſtib. l. pen. C. de dign.* quod fruſtra negat CARPZ. *p. 1. qu. 46. n. 3. ſeqq.* per *l. 2. C. de reb. cred.* nam nec omnis pœna ibi negatur, & ſi hoc fieret, ex reſcripto ſpeciali, doctrina generalis non recte conficitur *add. l. 2. C. ad L. Jul. maj.* MATH. *d. n. 1.*

§. 4. Hodie perjurium arbitrarie punitur CARPZ. *d. l. n. 40. ſeqq.* Si tamen, ex falſo teſtimonio, innocens capitali pœna fuerit affectus, perjurus talione punitur *Ord. crim. art. 107.* Ei vero qui, lucri conſequendi gratia, in judicio, pejeravit, duo digiti amputantur *d. art. 107.* quæ pœna etiam manet eum, qui urphedam fregit *art. 108.* CARPZ. *d. l. n. 52.* ſed iſta mutilatio, in genere, cum fine pœnarum, ſatis conciliari nequit.

§. 5. In Electoratu Saxoniæ, relegatus, qui prima vice, contra fidem jurato datam, revertitur, amputatione duorum digitorum punitur, repetita relegatione priori. Ceſſat tamen illa pœna, ſi quis absque ſententia JCtorum relegatus fuerit, vel ſi reverſus digitis amputandis jam ſit privatus, aut ſi nunquam ditione exceſſerit (quæ exceptio tamen ſolida ratione non nititur) vel reverſum aliqua cauſa excuſet. Quodſi, excepta hac pœna, ſecunda vice redeat, fuſtigatus in perpetuum relegatur. Fuſtigatum vero & denuo reverſum pœna gladii manet *Con. Elect. 48. p. 4.* CARPZ. *p. 1. qu. 47.*

§. 6. Ut tamen perjurii pœna, qualiscunque etiam ſit, locum habeat, requiritur, ut perjurium revera ſit commiſſum. Hinc ille immunis eſt à pœna qui id, quod invalide vel etiam illicite promiſit, non ſervat; Hæres quoque, qui fidem defuncti juratam non implet, pœnæ illi non ſubjacet, nam ſaltem perfidus, non perjurus eſt, quæ duo dum non diſtingvit, multa, hanc in rem, otioſe diſputat MATH. *d. tit. fin. c. 1. n. 3.* E contrario, qui per falſam religionem pejerant, perjurii pœna recte coercentur *conf.* MATH. *d. l.*

§. 7. Illud quæritur, an perjurus quoque ad damnum reſarcien-

dum sit obligatus? Quod licet neget MATH. *d. l. n. 2.* rectius tamen id affirmatur, cum nulla appareat ratio, quare, á communi obligatione naturali, perjurus sit excipiendus *v. l. 13. C. de test. l. fin. C. de reb. cred. Ord. crim. art. 107.* Duplex tamen est exceptio (1.) si læsus in damnum consenserit, id quod fieri censetur in juramento delato *l. 1. C. de reb. cred. l. 5. §. 2. l. 9. pr. de jurejur. l. 21. de dol.* quæ tamen explicatio satis contorta est (2.) si perjurus damnum non dederit, sic ab eo qui urphedam violavit, damni restitutio non exigitur.

§. 8. Porro huc pertinet (II.) *Alea* seu *ludus prohibitus*, de quo, pro instituti ratione, jam satis dictum *l. 4. c. 15. §. 7. seqq. conf.* MATH. *l. 47. tit. ult. c. 6. n. 3. 4.* (III.) *Usuraria pravitas*, cujus pœna itidem jam exhibita est *l. 4. c. 21. §. 28.* Illa autem quæstio difficilis, quæque omnium ingenia exercuerit, referente MATH. *d. l. n. 1.* utrum scilicet *usuraria pravitas delictis extraordinariis sit accensenda?* ad otiosas hodie pertinet (IV.) *illicita pigneratio* vel *emtio*, qua scilicet crimen contrahitur.

§. 9. Ex eo genere est (1.) *improbitas creditorum, quæ liberos pignori accipiunt*, quæ amissione crediti, & relegatione, similive pœna coercetur *l. fin. ff. l. 6. C. quæ res pign. oblig. Nov. 134. c. 7.* filius tamen sangvinolentus, in casu necessitatis, & vendi & oppignorari potest *l. 1. 2. C. de patr. qui fil. distrax.* Hodie illarum sanctionum exiguus est usus cum servitutes præsupponant (2.) *factum eorum, qui servos aratores, aut boves aratorios, aut instrumentum aratorium, pignoris causa, de possessionibus abstrahunt*, quod extraordinarie punitur *l. 7. C. quæ res pign. oblig.* modo suppetant aliæ res, ex quibus debitum solvi queat *v. l. 40. de re jud. l. 4. C. de execut. rei jud.*

§. 10. Eo etiam spectant (3.) *Repressaliæ* sive *Clarigationes*, quibus, *pro debito vel maleficio alterius, alius capitur ac detinetur l. un. C. ut null. ex vican.* quæ quadruplo, crediti amissione *Nov. 52. c. 1.* & exilio mulctantur *Nov. 134. c 4.* Sed illa ad subditos unius Reipublicæ pertinent, nec fortassis hodie, stricte servantur. Inter diversas vero gentes vel civitates, Repressaliæ, ob denegatam justitiam, recte exercentur, etsi ambitio hic modum sæpe excedat *conf.* SPEC. JUR. PUBLIC. *l. 3. c. 8. §. 38 seqq.*

§. 11. Huc referenda (4.) *emtio purpuræ, serici & canonis militaris*, quæ privatis interdicta est, ac graviter punitur *l. 1. seqq. C. quæ res ven. non poss.*

poss. conf. l. 1. seqq. C. de vest. bolob. l. 4. fin. C. de commer. & mercat. Nov. Leon. 80. sed hodie illa res usum non habet (5.) *emtio à medico extorta*, quæ arbitrarie coercetur *l. 3. de extraord. cognit.* (6.) *monopolia aliique contractus mercatorum vel opificum, ad alios pecunia emungendos initi*, quæ exilio aliaque pœna pecuniaria puniuntur *l. un. C. de monop.* adeo ut nec rescriptum Principis delinquentes excuset *l. ult. C. si contr. jus vel utilit. publ. v.* MATH. *l. 47. tit. ult. c. 5.* quod ultimum tamen hodie vix observatur.

§. 12. Ad delicta ambigua quoque pertinet (V.) *improba mendicitas* mendicos, qui vulnera simulant, vel falsis literis utuntur, falsum committere, *cap. præc. §. 5. 8.* admonitum est, iis tamen sepositis, ipsa mendicitas improba, delictum quoque est, ex quo quidem obligatio ad damnum restituendum non oritur, vel illa saltem, in vita civili, effectum non habet, pœna tamen delinquentibus merito imponitur. Jure Romano, servitus vel exilium mendicos ejusmodi manet *l. un. C. de mendic. valid. Nov. 80. c. 5.* nec, in aliis Rebuspublicis, pœnæ plane cessant *v.* MATH. *d. tit. ult. c. 3.* In multis tamen Germaniæ ditionibus, impune mendicitas exercetur, quod morbum Reipublicæ, ac disciplinæ civilis defectum arguit.

§. 13. In hunc censum referendum (VI.) *Delictum circulatorum*, qui animalia noxia circumferunt, iisque damnum dant *l. fin. de extraord. crim.* quibus proximi sunt, qui leves hominum mentes, superstitione Numinis terrent *l. 30. de pœn.* ut & circumforanei, qui nulla medendi arte instructi, tunicato popello, pharmaca, characteres, susurros, ad depellendos hominum pecudumque morbos, aut avertendam à segete ventorum grandinumque lapidationem, vendunt *v. l. 1. §. 3. de extraord. cognit.* Hi omnes & damnum merito resarcire debent, ac insuper recte puniuntur *v. l. 8. ad L. aquil. l. 42. de ædil. edict.* MATH. *l. 47. tit. 5. c. 4.*

§. 14. Forte etiam non male huic classi adscribitur (VII.) *crimen repetundarum*, quod committunt Magistratus aliique in munere publico constituti, dum aliquid accipiunt, quo magis aut minus officium faciant *l. 1. 3. 4. 6. §. 2. ad L. Jul. repet.* Nomen *repetundarum*, scilicet pecuniarum, non tam ad ipsum crimen, quam criminationem potius, sive ejus accusationem pertinet *l. 9. eod.* Barbare solet dici *Barratarid*

v. THEODOR. *Colleg. crim. c. 9.* de cætero hoc delictum ipso etiam jure naturali prohibetur, quod leges positivæ confirmant, addita sanctione pœnali *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 1349. seqq.*

§. 15. Prohibentur aliquid accipere ii, qui in Officio aliquo constituti sunt *l. 1. ff. l. fin. C. ad L. Jul. repet.* quo magis aut minus officium faciant *l. 4. ff. eod.* quæ prohibitio ad dantes quoque est extensa *d. l. fin. C. d. t.* A cognatis tamen usque ad sextum gradum, vel ab uxore munera simpliciter *l. 1. §. 1. eod.* ab extraneis vero, quotannis usque ad centum aureos *l. 6. §. 2. eod.* nec non Xenia, i. e. esculenta & potulenta, licite accipi posse existimantur *l. 6. §. 3. de offic. Proconf. l. 18. de offic. præs. v.* MATH. *de crim. l. 48. tit. 8. c. 1. n. 9. 10.* Sed verius videtur, quod ea saltem accipi possint, quatenus, sine consideratione muneris, benevolentiæ vel honoris causa, donantur, si vero, officii intuitu, ea offerantur, tum illorum acceptio quoque in crimen incidit *v.* CARPZ. *p. 2. qu. 93. n. 61.*

§. 16. Illud nihil refert, sive aliquid datum, sive promissum sit, *l. 1. C. ad L. Jul. repet. l. 1. & auth. seqq. C. de pœn. jud. qui mal. jud.* nec interest, utrum titulo donationis, an venditionis vel locationis, aliquid sit præstitum *l. 8. §. 1. ad L. Jul. repet.* Perinde quoque est, sive præstetur aliquid quo minus, sive quo magis quis officium faciat, nam in hoc etiam turpitudo est *l. 4. eod. l. 2. §. 2. de condict. ob turp. cauf. l. 1. C. de pœn. jud. qui mal. jud.* Tenetur quoque magistratus ex acceptione ministrorum suorum *d. l. 1. C. de pœn. jud.* Denique nec, post præstitum officium, remunerationis causa, quid accipere licet *l. fin. C. ad L. Jul. repet. v.* MATH. *de crim. l. 78. tit. 8. n. 6. seqq.*

§. 17. Si Judex, accepta pecunia, male judicavit, sententia est ipso jure nulla *l. 7. C. quand. provoc. non est nec.* ac judex parti læsæ, ad solidam litis æstimationem tenetur *l. 15. §. 1. de judic. l. fin. C. de pœn. jud. qui mal. judic.* Res etiam data, fit vitiosa, nec potest usucapi, antequam in potestatem dantis redierit *l. 8. ad L. Jul. repet.* Pœnam quod attinet, dantes causa cadunt, nisi delictum mox confessi sint *l. 1. & auth. seqq. C. de pœn. jud. qui mal. judic.* præterea quadruplo coercentur *l. fin. ad L. Jul. repet.* sed & hæc pœna, mox confessis, novo jure remittenda videtur per *d. auth.* novo jure *C. de pœn. jud. qui.*

§. 18. Judices vero aliique, in munere publico, constitui, ob turpem acceptionem, quadruplum præstare debent *l. 1. ff. l. fin. C. ad L. Jul.*

Jul. repet. quod ab hæredibus etiam exigitur *l. 2. ff. l. 2. C. ad L. Jul. repet. l. 20. de accuſ. l. fin. ad L. Jul. pecul.* cedit vero illud quadruplum fiſco, ſi ſponte datum ſit, ſi vero judex id extorſerit, tum dimidium fiſco, dimidium danti acquiritur *l. fin. C. ad L. Jul. repet. l. 3. C. de aſſeſſor. vid.* MATH. *d. tit. 8. c. 2. n. 5. 6.* Novo jure quadruplum, in duplum vel triplum videtur mutatum *auth.* novo jure *C. de pœn. jud. qui mal.* etſi alii quadruplum adhuc obtinere putent MATH. *d. n. 6.*

§. 19. Si gravior Magiſtratuum exceſſus ſubſit, pœna extraordinaria locum habet *l. 7. §. fin. ad L. Jul. repet. l. 38. §. 10. de pœn. Nov. 8. c. 8. §. 1.* quam plerumque ſequebatur confiſcatio bonorum *l. 20. de accuſat.* quæ tamen per *Nov. 134. c. fin.* ſublata eſt *v.* MATH. *d. tit. 8. c. 2. n. 1. ſeqq.* Quia etiam turpem acceptionem ſæpe alia crimina vel comitantur, vel conſequuntur, hinc aliæ pœnæ quandoque etiam concurrunt, ut legis Corneliæ de ficariis *l. 7. §. 3. ad L. Jul. repet. l. 1. pr. l. 3. §. 4. ad L. Cornel. de ſicar.* de falſis *l. 1. §. 2. 3. ad Jul. repet. l. 1. pr.* Legis Juliæ de vi publica vel privata *l. 7. ad L. Jul. de vi publ. l. 6. de vi priv. v.* MATH. *d. tit. 8. c. 2. n. 6.*

§. 20. Quid hodie obtineat, dictu fortaſſis non adeo expeditum eſt, cum acceptio munerum, fere extra crimen eſſe reputetur *v.* MATH. *d. l. c. 3.* Mihi interim ita videtur: Magiſtratum turpiter accipientem, tam ad rei reſtitutionem, quam damnum, quod dedit, reſarciendum, teneri, ac tam ipſum, quam ejus corruptores, arbitrarie eſſe puniendos *v.* CARPZ. *p. 2. qu. 93. n. 52. ſeqq.* Sententia quoque erit nulla, ſed ut hoc caſu male judicans litis æſtimationem præſtet, id haud obſervari arbitror *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obſ. 1497.*

CAPUT X.
DE RECEPTATIONE DELINQUENTIUM.

SUMMARIA.

Receptatio delinquentium diverſos habet gradus §. 1.
Ejus omnes doli capaces poſſunt rei fieri §. 2.
Pœna receptatoris, qui ſocius eſt criminis principalis §. 3.
Et qui ab hoc immunis §. 4.
Scientia delicti ad quid obliget §. 5. 6.
Cognatis de ſcientia delicti ſuſpectis purgatorium deferri poteſt §. 7. 8.
Ultro tamen cognatum indicare non tenentur §. 9

§. 1.



Æc non quidem unice, tamen eximie, ad delicta, in res aliorum directa, pertinet, hinc non incongrue generaliter hoc loco poterit considerari. *Receptatio delinquentium*, est *delictum, quo quis sciens delinquentes recipit, occultat aut retinendos dimittit vid. l. 1. de receptat.* Ejus triplex fere gradus datur: *Summus* est, si receptator facinorosorum, delicta continuantium, sit socius, *proximus* ab hoc, si quis recipiat, quos maleficia continuaturos esse novit, *infimus*, si quis occultet eum, qui ob delictum commissum, nec amplius continuandum, pœnæ declinandæ causa, latitat.

§. 2. Delicti hujus omnes possunt fieri rei, qui doli sunt capaces, etiam caupones, quos tamen vitæ genus & ignorantia sæpe excusant *v.* MATH. *de crim. l. 47. tit. 10. c. 1. n. 1. 2.* Cognati quoque affines & conjuges delicto hoc se polluere possunt, quibus tamen, si criminis principalis socii non sint, pœna vel mitigatur, vel plane remittitur *vid. l. 39. §. 4. de adult. l. 10. C. ad L. fab. de plagiar.* MATH. *d. l. n. 3.* Illud in genere etiam nihil refert, sive quis publicorum, sive privatorum delictorum reos receperit *l. 48. §. 1. de furt. l. 3. §. 3. de incend. ruin. l. 3. §. 3. de abig. rubr. C. de his qui latron.* MATH. *d. l. n. 4.* id quod, juxta rationem & mores nostros, indubium est *add.* OBSERV. LAUTERB. *Observ. 1264.*

§. 3. Quoad pœnam distingvendum est, utrum *receptator criminis principalis sit socius*, an *ab eo immunis.* Illo casu, eadem pœna afficitur, qua receptus *l. 1. de recept. l. 1. de his qui latron. l. 3. §. 12. de SCt. silan. l. 3. §. 3. de incend. ruin. l. 9. C. ad L. Jul. de vi l. un. C. de crim. pecul.* nec excusabit recipientem cognatio similisve nexus arctior, quo recepto obstringitur *v.* MATH. *d. c. 1. n. 4. in fin.* Erit tamen nihilominus observandus gradus, quo nonnunquam eadem delicta, quoad diversas personas, distingvuntur, hinc receptatores furum, qui partem ex rebus furtivis acceperunt, adeoque ejusdem delicti socii sunt, arbitrarie saltem puniuntur *v.* CARPZ. *p. 2. qu. 87. n. 49. seqq.*

§. 4. Hoc, sive secundo casu, pœna arbitraria locum habet *l. 1. in fin. C. de his qui latron. l. fin. de abig. junct. l. 1. pr. eod. l. 39. §. 4. ad L. Jul. de adult. l. 40. de pœn. l. 13. de offic. præs.* CARPZ. *p. 3. qu. 134.*

n. 37.

n. 37. seqq. quæ, quoad cognatos affines & conjuges, mitiganda *l. 2. de receptat.* CARPZ. *d. l. n. 48. seqq.* imo quandoque plane remittenda est *v.* MATH. *d. tit. 10. c. 1. n. 3.* quod etiam dicendum quoad eum, qui pœnitentia ductus, receptum exhibuit, mutata enim voluntas non tantum delictum successivum minuit, sed & totum fere excludit. Is tamen qui perduellem recipit, ejusdem criminis reus fieri, adeoque eadem pœna plectendus videtur *v.* MATH. *d. tit. 10. c. 2.* quamvis nec hoc ita simpliciter obtineat.

§. 5. Illud hac occasione quæri solet, *an scientia delicti, aliquem obliget, ad illud indicandum, & an, ob omissam ejus revelationem, quis puniri queat?* quæ quæstio non ex textibus juris civilis & Canonici, sed principiis juris divini decidenda est. Debet autem distingvi inter delicta *committenda* & *commissa;* ad illa indicanda quis ex regulis socialitatis obligatur, est tamen obligatio illa, non adeo adstricta, nec semper se exserit, hinc etiam ejus neglectus, in foro civili raro punitur *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 1267.* Aliud dicendum, si quis delictum non tantum sciat, sed & impedire possit, tum enim, si hoc neglexerit, arbitraria pœna merito afficitur, maxime si, ad contegendum scelus commissum, operam contulerit *v.* CARPZ. *p. 3. qu. 134. n. 63. seqq.*

§. 6. Ad delicta commissa, quo puniantur, indicanda, nemo jure divino, regulariter obligari videtur, neque enim hoc præcise pœnas imponi jubet, hinc etiam tacens, in foro humano, non punitur CARPZ. *d. l. n. 56. seqq.* Subest tamen obligatio (1.) si quis à Magistratu eo nomine interrogetur, cum enim ille habeat jus puniendi, in subditis obligatio quoque erit asserenda, vi cujus Magistratui percunctanti indicare delicta debeant (2.) in delictis atrocioribus; utriusque obligationis neglectus, in foro civili, arbitrarie puniri solet *v.* CARPZ. *d. l. n. 66. seqq.* (3.) quoad effectum damni restituendi; sed hujus obligationis violatio vix in vita civili vindicatur. Denique (4.) ille etiam punitur, qui non tantum delictum reticuit, sed & ejus particeps fuit CARPZ. *d. l. n. 60. seqq.*

§. 7. Ex his etiam explicanda quæstio, *an à cognatis, contra quos est præsumtio scientiæ, ratione cognatorum latitantium, juramentum purgatorium possit exigi?* Negat quidem hoc CARPZ. *d. l. n. 52. seqq.* ac LAUTERB. *C. J. de recept.* sed rectius id affirmatur, licet enim, pro hac

hac ſententia, validum argumentum ex *l. 35. de religioſ.* deſumi nequeat, attamen ex jure puniendi, quod Magiſtratui competit, illa probabilis redditur, hinc enim in ſubditis eatenus utique reſpondet obligatio, ut, illo jubente, ad detegenda delicta, operam conferre debeant.

§. 8. Nec obeſt huic ſententiæ *l. 6. C. de teſtib.* in qua *parentes & liberi invicem adverſus ſe, nec volentes ad teſtimonium admittendi eſſe* perhibentur, nam pertinet illa lex, ad privatos, Imperanti autem, eique ſubordinatis Magiſtratibus, opponi nequit, ut taceam, illam ſub perpetua limitatione, *modo veritas aliter haberi poſſit* eſſe intelligendam; hac deficiente, illa in genere vim ſuam perdit. Multo minus obſtat *l. 4. de Legib.* nam licet, de caſibus rarioribus, ſpeciales leges ferri non ſoleant, attamen rariſſimi etiam, ſi eveniant, ex genuinis principiis ſunt decidendi. Denique *metus perjurii* contrarium etiam non perſvadet, ille enim nec certus, nec, quoad juramentum aſſertorium, deficientibus aliis eruendæ veritatis mediis, attendendus eſt, cum alias quodvis juramentum paulo modeſtum, prætextu perjurii, declinari queat.

§. 9. Aliud dicendum erit, ſi contra cognatos nulla ſit præſumtio, tum enim, jure communi, à neceſſitate jurandi liberantur. Alia quoque eſt quæſtio, an cognati ultro cognatum indicare debeant? quæ merito negatur, nam illa obligatio regulariter, quoad alios, ceſſat, ceu §. 6. oſtenſum, hinc affectui naturali, qui inter cognatos occurrit, hic aliquid multo magis indulgendum erit *v.* CARPZ. *d. l. n. 57. ſeqq. conf.* OBSERV. LAUTERB. *Obſ. 1265.*

CAPUT XI.

DE SOLUTIONIBUS.

SUMMARIA.

Tranſitus ad modos tollendi obligationes §. 1.
Inter quos primo occurrit ſolutio §. 2.
Quinam debitores eam peragant §. 3. 4.
Etiam tertius pro debitore recte ſolvit §. 5. 6.
Solutio fit creditoribus §. 7. 8.
Solvenda eſt res debita §. 9.
Tota §. 10.
In eadem qualitate & bonitate §. 11.
Debito tempore & loco §. 12.
Solutione tollitur obligatio principalis §. 13.
Et acceſſoria §. 14.
Solvente fidejuſſore obligatio principalis ratione creditoris extinguitur §. 15. 16.
In quam cauſam ſolutio facta cenſeri debeat §. 17. 18. 19. 20. 21.
Solutio probanda eſt §. 22.

§. 1.

§. 1.



Xpositis variis juribus & obligationibus personalibus, quæ, ex contractibus & delictis, intuitu rerum, dominio subjectarum, oriuntur, non incongrue de modis, quibus illa tolluntur, instituetur tractatio. Jure Romano aliquando obligationes *ipso jure*, aliquando *ope exceptionis* solvi dicuntur, quod discrimen hodie nullius usus esse, jam dictum *l. 1. c. 8. §. 31.* Hinc, in recensendis modis, ejus nullam habebimus rationem.

§. 2. Primo loco merito collocatur *Solutio*, hæc vel refertur ad *solam obligationem tollendam*, hoc sensu, omnes reliquos tollendi modos comprehendit *l. 54. de solut. l. 176. de V. S.* vel simul ad *rem debitam*, juxta quam suppositionem, certa species est, *v. l. 49. seqq. de solut. l. 4. §. 3. de re judic.* & huc pertinet. Est ergo solutio, *naturalis rei debitæ præstatio, animo obligationem tollendi facta l. 55. de solut. l. 19. de R. C.* Occurrit ergo solutio circa omnis generis res debitas, sæpe tamen illa ad pecuniam numeratam refertur *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 1176.* Certo respectu, solutionis actus, etiam *Traditio* dicitur, quorum nominum usum ostendi *l. 2. c. 4. §. 35.*

§. 3. Præsupponit Solutio obligationem validam, ex contractu, delicto, vel sola æquitate oriundam, peragiturque consensu habili dantis & accipientis. Solvunt regulariter debitores, qui liberam rerum suarum habent administrationem vel immediate, vel mediate per procuratorem, mandato necessario instructum *v. l. 49. mand. l. 5. §. 3. de admin. tutor. l. 63. de procur. l. 9. §. 4. de A. R. D.* Pupilli igitur, minores, furiosi & prodigi solvere nequeunt *l. 14. §. fin. de solut.*

§. 4. Quod si de facto solvant, dominium rei datæ non transit, hinc si exstet, vindicari potest, si vero bona fide consumta sit, liberatio ex postfacto sequitur *l. 14. §. fin. de solut. l. 9. §. 2. de autor. tutor.* si autem mala fide, tum actione ad exhibendum res repetitur *v. l. 11. §. f. l. 19. §. 1. de R. C. l. 14. §. f. l. 55. de solut.* Videtur tamen repetitio rei, vel extantis vel consumtæ, non aliter pupillo tribuenda esse, quam si ejus interfit, nam alias cui bono res, mox reddenda, repetetur? Si res soluta perierit, damnum est creditoris *v. l. 14. C. de procur.* Cum tutore, vel etiam per hunc solum, pupillus recte solvit

 l. 14.

l. 14. §. fin. de solut. & potest tutor sibi ipsi solvere *l. 9. §. 5. 7. de admin. tutor.*

§. 5. Aliquando tertius pro debitore solvit *l. 5. 17. C. de solut.* quo casu itidem liberatio contingit *l. 44. de condict. indeb.* quod secus est, si quis id, quod alius debet, suo nomine, per errorem solverit, hoc enim repetitur *l. 19. §. 1. l. 65. §. 9. de condict. indeb.* Primo autem casu nihil interest, quoad creditorem accipientem, sive quis pro sciente, ignorante vel invito solvat, nam omni casu debitor liberatur *l. 23. 40. 53. de solut. l. 39. de N. G.*

§. 6. Neque obstat ultimo membro regula, quod invito non detur beneficium *l. 69. de R. J.* nam actus solutionis, creditorem & debitorem respicit, ille invitus non est, nec beneficium, sed debitum acceptat, quod tollendae obligationi sufficit, quodsi autem hic, ne quidem ex postfacto beneficium amplecti velit, poterit ultro, quod olim debebat, antiquo creditori solvere. Quoad solventem autem & debitorem, antea memorata diversitas observanda est, qui enim pro sciente solvit, actione mandati *l. 6. §. 2. l. 28. mand.* qui pro ignorante, actione negotiorum gestorum, ab eo, solutum repetit *l. 20. §. 1. mand.* qui pro invito, nullam habet actionem *l. 40. mand. l. f. C. de N. G.*

§. 7. Solvitur creditoribus, vel qui eos repraesentant, ut tutoribus *l. 49. de solut. l. 46. §. 5. 7. de admin. tutor.* & procuratoribus, generalibus & specialibus *l. 11. 12. l. 34. §. 3. de solut.* non etiam ad litem datis *l. 86. eod. l. 13. de pact.* illi, cui jus cessum est, dubio procul recte solvitur *l. 55. de procur. l. 3. C. de novat.* Tertio autem, creditoris consensu destituto *§. 10. J. mand. l. 11. de R. J.* adeoque in specie falso procuratori non potest solvi *l. 34. §. 4. l. 49. ff. l. 12. C. de solut.* nisi ratihabitio domini accesserit *l. 12. §. f. l. 49. de solut.* Creditoris quoque creditori tuto solvitur *d. l. 49. de solut. l. 6. de dol. except.* quemadmodum etiam debitor securus est, si ob justam ignorantiam falso procuratori solverit *l. 12. §. 2. l. 38. §. 1. de solut. v.* Observ. Lauterb. *Obs. 1177.*

§. 8. Requiritur vero in creditoribus, qui solutionem acceptant, libera rerum suarum administratio, hinc soli pupillo similibusque personis tuto non solvitur *l. 15. de solut.* si tamen rem salvam habeant, denuo agentibus, exceptio doli merito objicitur *l. 15. l. 47. pr. §. 1. de solut.* Quod si debitum majoris momenti sit, tum neque pupil-

pupillo cum tutoris autoritate, neque huic soli, illud secure solvi potest, sed requiritur, ut judicis decreto solutio permittatur. Hoc neglecto, debitor ipso jure non liberatur, sed denuo solvere cogitur, nisi pecunia salva sit *l. 25. C. de admin. tutor. §. 2. J. quib. alien. lic. v.* CARPZ. *p. 2. C. 11. D. 45. 46.* LAUTERB. *C. J. de solut. lit. P.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 1178.*

§. 9. Solvenda est res debita *l. 16. C. de solut.* quod ex natura obligationis, ultro intelligitur. Quodsi vero præstari nequeat, æstimatio ejus solvenda est *v. l. 8. de condict. furt. l. 71. §. 3. de Legat. 1. auth.* hoc nisi *C. de solut.* ob inopiam quoque debitoris, aliquando aliæ res in solutum accipiendæ *v. l. 24. C. de solut. R. J. 1654. §. so viel nun 172. Decis. Saxon. 64.* In obligationibus etiam faciendi, non factum, sed interesse præstandum esse existimatur *l. 13. de re jud.* sed, id dubium, & hodie non observandum esse, admonui *l. 2. C. 4. §. 34.* Denique, volenti creditori aliam rem posse solvi, dubio caret *l. 17. C. de solut. pr. J. quib. mod. toll. oblig.*

§. 10. Ex eodem principio intelligitur, quod res tota sit solvenda *l. 9. de solut. l. 3. fam. ercisc. l. 41. §. 1. de usur. l. 4. §. 6. de statu lib.* nisi aliter conventum *l. 41. §. 1. de usur.* aut pars sit contentiosa *v. l. 21. de R. C.* vel inopia debitoris solutionem dividi jubeat *R. J. 1654. §. 172. v.* CARPZ. *p. 2. C. 28. D. 13.* LAUTERB. *C. J. de solut. lit. O.* Debet etiam, ex titulis dominii translativis, solvi res, non *vere* sed *præsumtive* propria *v. l. 17. 46. 60. 94. pr. §. seqq. de solut. l. 19. §. 1. de R. C.* in obligationibus alternativis, debitoris est electio *l. 10. §. 6. de jur. dot. l. 138. §. 1. de V. O. l. 34. §. 6. de C. E. V. l. 10. C. de condict. indeb.* altera tamen re sublata, superstes solvi debet si illa facto debitoris perierit, si vero casu, manet electio *l. 95. §. 1. de solut. l. 47. §. 3. de Legat. 1.*

§. 11. Res fungibiles functionem quidem admittunt *l. 2. de R. C.* debent tamen præstari in eadem qualitate & bonitate, qua fuerunt tempore contractus *l. 3. de R. C. l. 69. de C. E. V. v. l. 4. c. 8. §. 14. 15.* In nummis, seposita conventione, etiam genus & forma attendi debet, ceu admonitum *l. 3. C. 10. §. 26. seqq.* Sed vulgo, pecuniam, etiam in alio nummorum genere, solvi posse, existimant, quia idem valor ubique effici potest *v. l. 65. §. 1. de V. O. l. 1. pr. de C. E. V. l. 19. de condict. indeb.* quæ tamen ratio non satis valida est *v.* OBSERV. LAUTERB.

Mmmm 2 *Obs.*

Obs. 1180. hinc etiam sententiam illam limitant, modo creditor, solutione aliorum nummorum, non lædatur *v. l. 99. de solut. Ord. monet. 1559. §. diese ietztgemeldten 11.* SCHULZ. *de obl. & obsign. pecun. c. 4. n. 18. p. 235.*

§. 12. Facienda est solutio debito tempore *l. 39. de solut.* in puro igitur debito, statim *l. 105. eod. l. 33. de usur.* in debito in diem, hoc elapso *§. 25. J. de inutil. stip.* potest tamen debitor etiam ante diem solvere *l. 70. de solut.* CARPZ. *p. 2. C. 28. D. 11.* nisi dies creditoris gratia adjectus sit *v. l. 15. de ann. legat.* CARPZ. *d. l. D. 12.* RICHTER. *p. 2. Dec. 73. n. 1. seqq.* quodsi solutio arbitrio debitoris sit relicta, eo mortuo demum debitum exigi potest *l. 4. locat.* CARPZ. *d. 18.* BERLICH. *p. 2. Dec. 193.* Solvenda quoque res est loco convenienti *l. 9. de eo quod cert. loc. l. 122. de V. O. l. 38. de judic. l. 8. C. de solut.* LAUT. *C. J. de solut. lit. Q.*

§. 13. Solutione facta, in accipientem illud jus transfertur, quod intentio tituli præcedentis exigit, & natura objecti permittit *v. l. 46. de usurpat.* solventis autem obligatio tollitur *l. 38. §. 1. l. 95. §. 4. de solut. l. 34. §. 1. de O. & A.* & nihil hodie interest, sive ipso jure, sive ope exceptionis, id fieri dicas *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 1181.* chirographum igitur solventi est restituendum *l. fin. C. de solut.* & Creditor, si agat, exceptione solutionis repellitur, quæ etiam, si evidens sit, ante litem contestatam potest objici CARPZ. *p. 1. C. 3. D. 15. 16.*

§. 14. Tollitur vero non tantum obligatio principalis, sed & accessoria *l. 43. de solut.* sive principalis debitor, sive fidejussor solvat *pr. J. quib. mod. toll. oblig. v. l. 28. mand.* nam objecto, quod utraque obligatio respiciebat, sublato, neutra amplius subsistere potest. Fidejussore tamen solvente, principalis obligatio, tollitur saltem ratione Creditoris, qui nihil amplius exigere potest, non vero simpliciter, nam in fidejussorem, jus agendi contra debitorem, transit, posset adeo clarius forte dici: *solutione fidejussoris, obligationem accessoriam tolli, sed, quoad principalem, saltem mutari creditorem, v. l. 4. c. 16. §. 15.* quo tendit sine dubio doctrina CARPZ. *p. 2. C. 17. D. 16. n. 13.* qui tamen non satis circumspecte loquitur.

§. 15. Verissimum igitur est, quod solutione fidejussoris, obligatio etiam principalis, sed saltem ratione creditoris, extingvatur. Cui sententiæ haud obest ratio in *l. 38. §. 2. de solut.* proposita, *quod ille* possef-

(possessor hæreditatis) *suo nomine indebitam pecuniam dando, repetitionem ejus haberet*, nam, illam non quadrare ad fidejussorem, manifestum est, hic enim non *suo nomine indebitam pecuniam* dat, sed *creditori debitam, suo* potius & *debitoris nomine*, solvit, hinc uti à creditore nihil repetit, ita hic, vice versa, à neutro amplius quid exigere potest, sed, ejus intuitu, obligatio utraque est sublata.

§. 16. Illud etiam non obstat, *quod, inter creditorem & ad promissores facta confusione, reus non liberetur l. 43. de solut.* nam dispar ratio est solutionis & confusionis, illa objectum utriusque obligationis, intuitu creditoris, tollit, adeoque utramque necessario perimit, hæc vero, manente objecto, seu re debita, creditoris & debitoris personam, quoad obligationem accessoriam, saltem confundit, hinc hæc quidem, ob subjecti mutationem, necessario exspirat, sed obligatio principalis manet salva, cum neque in objecto, neque subjecto, ejus intuitu, aliqua mutatio accidat.

§. 17. Qui ex pluribus causis debet, si solvat, dicere potest, quod debitum voluerit solutum, si nihil dicat, in arbitrio accipientis erit, cui potius debito acceptum ferat, qui tamen ex affectu debitoris, & æquitate, hoc definire debet *l. 1. seqq. de solut.* si à neutra parte quid dictum sit, ante omnia censentur esse solutæ usuræ *l. 5. §. fin. ff. l. 1. C. de solut.* in debitis principalibus, potior habetur causa ejus pecuniæ, quæ sub infamia debetur, mox ejus quæ pœnam continet, tertio, quæ sub hypotheca vel pignore contracta est, postea potior habetur causa propria, quam aliena, si nihil eorum interveniat, vetustior contractus antea solvetur *l. 97. de solut. v. H.* PISTOR. *l. 3. qu. 21.* CARPZ. *p. 2. C. 29. D. 16. 17.*

§. 18. Sed, nisi fallor, pleraque illa in otiosas speculationes resolvi, vel non satis æqua videntur, nam non facile, in vita civili, solutio fiet, quin simul exprimatur, in quam causam pecunia sit imputanda, deinde, si contradictio inter debitorem & creditorem, eo nomine, existat, ea durante, nihil agetur, dum vel debitor non solvet, vel creditor non acceptabit in eam causam, quæ displicet *l. 2. de solut.* hinc mutuo tandem consensu, res ista erit expedienda: Denique si nihil dictum sit, ordo designatus sæpe nullum habet effectum, quid enim v. gr. interest, sive ex causa famosa, sive non famosa, prius solu-

 tum

tum dicas? aut sive prius, debitum simplex, sive sub hypotheca contractum, dissolutum putes, cum ob illud etiam pignus retineri queat? Tandem non semper æquum est, ut potius antiquum, quam novum, sub pignore contractum, quam nudum, solutum dicamus, ceu ex mox dicendis apparebit.

§. 19. Quamobrem putem, ex conventione partium, hanc rem primo esse dijudicandam, huic enim, si valida sit, omnino standum erit, hac deficiente, id ratio facile suggerit, solutionem non posse dici factam, in debitum invalidum & inefficax, sive ratione debitoris, sive aliorum creditorum, tale sit, hinc creditor solutum non potest imputare in eam causam, cujus conditio vel dies nondum extitit *l. 3. de solut.* vel, in Saxonia, solutio non erit referenda in usuras, orto Creditorum concursu, cum usuræ nequeant exigi, antequam omnium creditorum sors sit soluta CARPZ. *p. 2. C. 29. D. 17.*

§. 20. Quodsi autem, omnia debita vera & præsentia sint, tum sæpe perinde est, in quam causam solutum dicas, sic ubi par dierum & contractuum causa est, nihil sane interesse videtur, sive in unam earum, sive ex omnibus summis, pro portione, solutum existimes *l. 8. de solut.* de iis ergo disquirere, otiosum fuerit. Si autem aliqua subsit diversitas, tum ita solutionem inteligendam putem, ut, tam debitori, quam creditori, jus suum defendere, integrum sit. Hinc si debitor sine, & cum pœna debeat, ei fas erit in hanc causam, solutionem imputare, quod etiam traditum est in *l. 4. 97. de solut.* nam absolute ad pœnam non fuit obligatus, cur ergo hoc ei urgere non liceat?

§. 21. Porro si ex causa antiqua & nova debeat, ac post solutionem, indefinite factam, tempora præscriptionis, quoad illam, sint elapsa, creditore agente, videtur æquum, ut debitori facultas detur, solutum imputandi in causam posteriorem, ac, quoad priorem, exceptione præscriptionis, se defendendi, secus ac constitutum est in *l. 97. de solut.* nam creditor negligentiæ suæ pœnam merito luit. E contrario si debitum nudum, & sub pignore contractum, simul adsint, non apparet ratio, cur, solutione simpliciter facta, creditor nudum debitum persequi, non vero pignori suo incumbere debeat, sive cum debitore, sive cum aliis creditoribus, ei certandum sit!

§. 22. Quo autem debitor, effectu solutionis fruatur, hanc probare

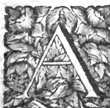
bare debet, est enim facti *l. fin. C. de solut. l. 7. §. fin. de curat. furios.* Probatur autem illa, consveto modo, per apocham *l. 14. C. de solut.* per duos testes, *l. 12. de testib.* per jusjurandum *l. 12. C. de reb. cred.* vel etiam per conjecturas v. gr. si chirographum sit penes debitorem *l. 14. C. de solut.* vel cancellatum *l. 24. de probat. v.* CARPZ. *p. 2. C. 29. D. 12.* LAUTERB. *C. J. de solut. in fin.* Ita si quis trium cohærentium annorum apochas proferat, superiorum temporum debita solvisse præsumitur *l. 3. C. de apoch. public. v.* STRYK *in not. ad* LAUTERB. *de solut.* Interim non quævis probatio, in quovis processu, admittitur, de quo alibi dicendum.

CAPUT XII.
DE SOLUTIONE SUBSIDIARIA.

SUMMARIA.

Tergiversante creditore, res debita apud magistratum deponitur §. 1.
Debet illa prius creditori offerri §. 2.
Juxta indolem obligationis præcedentis §. 3.
Creditor recusans citatur ad videndum deponi §. 4.
Facta legitime depositione debitor liberatur §. 5.
Sed recepta pecunia obligatio restituitur §. 6.
Sola depositione dominium in creditorem non transfertur §. 7.
Sed demum per hujus acceptationem §. 8.
Habet etiam hic contra judicem actionem depositi §. 9.
Oblationis nudæ diversitas §. 10.
Et effectus §. 11.
Depositio nuda quid operetur §. 12.
Inhibitio judicis cursum usurarum aliquando sistit §. 13. 14.

§. I.



ACcidit aliquando, ut Creditor solutionem, legitime oblatam, acceptare detrectet, hoc casu communis ratio eo facile ducit, apud Magistratum rem esse deponendam, quem modum lex positiva, juxta dictamen æquitatis, specialius deinde determinat. Dicitur ille, *Oblatio Obsignatio* & *Depositio pecuniæ debitæ*, nec non *Depositum juris*, forsitan evidentissima est denominatio *Solutionis Subsidiariæ*. Est autem *rei debitæ naturalis præstatio, post Solutionem Creditori legitime, sed frustra oblatam, Magistratui facta.*

§. 2. Cum ergo solutio Magistratui fiat in subsidium, dum Creditor eam admittere haud vult, hinc facile liquet, creditori, juxta consvetas regulas, solutionem antea esse offerendam, quam illa Magistratui

tui fieri queat. Offertur igitur omnibus, quibus recte ſolvitur, etiam procuratori & adjecto, non vero pupillis, ac hodie fœminis, niſi cum tutorum & curatorum autoritate, accedente etiam aliquando Magiſtratus decreto *v.* SCHULZ *de oblat. obſign. c. 2.* offerunt, qui recte ſolvunt, etiam tertius, conſentiente vel ratihabente debitore SCHULTZ. *d. c. 2. n. 3.* non etiam invito, licet hoc afferat LAUTERB. *C. J. de acceptil.* debitori enim & creditori invitis, tertius nihil obtrudere poteſt, quo nomine oblatio, à ſolutione, quam Creditor acceptat, differt.

§. 3. Eſt porro offerenda res debita tota, in juſta quantitate & qualitate, cum uſuris, opportuno loco & tempore *l. 3. de R. C. l. 9. C. l. 39. ff. de ſolut. l. 41. §. 1. de uſur.* adeo ut creditor aliquam recuſandi cauſam non habeat. Aliquando tamen aliud pro alio, vel pars debiti offerri poteſt, ſecundum ea, quæ *cap. præc. §. 9. ſeqq.* diximus *v.* SCHULTZ. *d. tr. c. 3. 4.* CARPZ. *5. R. 99.* Inprimis requiritur, ut *realiter* res debita offeratur *l. 9. C. de ſolut. l. 19. C. de uſur.* SCHULTZ. *d. c. 4. n. 2.* quod tamen non ita ſtricte accipiendum putamus, ut debitor creditorem cunctantem, cum pecunia, ſemper ſequi debeat, hoc enim, in majoribus quantitatibus, nimis moleſtum fuerit, ſed ſatis erit, ſi pecunia ad ſolvendum parata ſit, hocque creditori denuncietur. Quo igitur illa omnia probari queant, teſtes adhiberi debent *l. 6. C. de uſur. v.* SCHULTZ. *d. c. 4. n. 26.*

§. 4. Factam oblationem ſi non admittat Creditor, jure civili, res ſtatim obſignari & deponi potuiſſe videtur *l. 6. 19. C. de uſur.* Verum cum aliquas recuſandi cauſas creditor habere queat, ideo æquitati eſt magis conſentaneum, ut eo nomine, ad certum terminum citetur, id quod in foro Saxonico etiam obſervatur. Petit ergo debitor, ut judex ſuus, vel illius loci, in quo ſolutio eſt facienda *v.* SCHULTZ. *d. c. 4. n. 28.* creditorem citet, ad videndum obſignari & deponi pecuniam debitam. Quodſi in termino compareat creditor, & vel pecuniam acceptet, vel juſtas recuſandi cauſas afferat, depoſitio ceſſat vel differtur. Si neutrum horum faciat, vel etiam plane emaneat, pecunia numeratur, obſignatur & apud judicem deponitur CARPZ. *5. R. 99.* SCHULTZ. *c. 4. n. 28. ſeqq.*

§. 5. Hoc facto, debitor, perinde ac ſi ſolviſſet, liberatur, ac uſuræ deſinunt, fidejuſſores quoque & pignora relaxantur *l. 6. 19. C. de uſur.*

SCHULTZ.

SCHULTZ. *d. tr. c. 5.* & periculum rei depositæ, ad creditorem pertinet IDEM *d. c. 5. n. 8.* De eo autem frustra hodie disputatur, an debitor liberetur ipso jure? *v.* SCHULTZ. *d. c. 5. n. 3. 4.* nam hoc solum spectandum est, utrum *res maneat penes judicem*, an *debitor eam repetat*, hoc enim ei omnino licet *l. 19. in fin. C. de usur.* judex quippe, velut depositarius, id impedire nequit, nec creditor, cum depositionem nondum acceptaverit.

§. 6. Primo casu, revera liber est debitor, ipso jure, an ope exceptionis, nihil refert; secundo vero, recidit in pristinam conditionem, ac, sublata liberationis causa, rem ipsam cum usuris, sine interruptione, debet. Pignora quoque sine dubio, in priorem causam redeunt, sed num etiam fidejussores? Putaverim esse distingvendum, utrum depositionem acceptaverint, nec ne, illo casu manebunt liberi *l. fin. de pact.* hoc vero, obligatio ipsorum continuabitur *l. 27. §. 3. de pact: v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 58.*

§. 7. Illud quæritur, an, facta depositione, dominium in creditorem, sit translatum? Sic putant aliqui *v.* CARPZ. 5. *Resp. 100. n. 7. 11.* sed rectius hoc negatur LAUTERB. *C. J. de acceptil.* nam si Dominium transiisset in Creditorem, debitor rem depositam repetere non posset, quod tamen ei licere *ex l. 19. in fin. C. de usur.* liquet. Ratio autem, negati creditoris dominii, non ea est, quod *debitor rem deposuerit, depositum vero proprietatem deponentis non mutet v.* SCHULZ. *d. c. 5. n. 4.* nam debitor simul *solvit* & *deponit;* sed potius ea, quod *creditor voluntatem debitoris nondum acceptaverit v. l. 55. de O. & A.*

§. 8. Hactenus igitur pecuniæ depositæ dominium penes debitorem, & ejus translatio in suspenso est, donec creditor depositionem acceptet, hoc facto ejus est dominium, nec opus est nova traditione, hæc enim judici jam facta est, hujus vero factum creditor nunc approbat. Vi igitur dominii acquisiti rem extantem, tam à judice quam quovis alio possessore vindicat, nec opus est, ut tricas de actione utili, hic inspergamus *v.* SCHULZ. *d. c. 5. n. 9. seqq.* harum enim non tantum nulla est utilitas, sed à vera etiam cognitione illæ abducunt, dum adhuc aliquod debitoris dominium subesse putatur, quod tamen, post acceptationem creditoris, plane cessat.

§. 9. Præterea etiam datur creditori actio depositi, contra judi-

Nnnn cem,

cem, ad rem depositam consequendam, *v.* SCHULZ. *d. c. 5. n. 11.* circa quam, fabula actionis utilis, merito hodie omittitur, nam, interveniente creditoris acceptatione, ipse censetur rem deposuisse, ac debitori nihil juris amplius circa eam competit, de quo, juxta æquitatem & mores nostros, nullum plane est dubium. De cætero actio depositi, ad consvetos effectus, contra judicem instituitur, id quod late persequitur SCHULZ. *d. l.* sed ea res magis ad communem, quam hunc locum pertinet *add. Dn.* RIVIN. *ad O. P. S. tit.* 41. *enunc. 5.* Illud certum, quod creditor, si suum à judice non consequatur, adversus debitorem nullum habeat regressum, imputet enim sibi, quod oblatam ab hoc pecuniam, non acceptaverit *vid.* SCHULZ. *d. c. 5. n.* 4. *in fin.*

§. 10. Aliquando res debita saltem offertur, non vero deponitur, ubi adeo de effectu oblationis quæritur. Est illa oblatio vel *verbalis*, quæ verbis & denunciatione peragitur, vel *realis* qua res ipsa creditori exhibetur. *Illa* obtinet circa immobilia, ubi quidem, ea facta & creditore recusante, res judici significanda esse dicitur, addita protestatione, quod debitor, ratione damnorum fortuitorum, teneri nolit *v.* STRYK. *in not. ad* LAUTERB. *de acceptil.* sed illa testatio judicialis recte quidem adhibetur, præcise tamen non est necessaria. *Hæc* vero circa mobilia occurrit, quoad eam tamen, repetendum arbitror temperamentum §. 3. inculcatum.

§. 11. Jam quod effectum oblationis vel verbalis, vel realis attinet, neutra quidem debitorem ab obligatione liberat, nec cursum usurarum, in casibus habilibus, sistit *arg. l. 6. 19. C. de usur. l. 7. ff. eod.* utraque tamen moram vel contrahi impedit, vel contractam purgat, hinc etiam à pœna conventionali *l. 23. §. 3. de recept.* & à periculo casuali, quod, contracta mora, debitur sustinebat, liberat, etiamsi quantitas debeatur, modo certo constet, oblatam periisse *l. 72. pr. de solut. l. 73. §. fin. l. 91. §. 3. de V. O. l. 8. de condict. furt. conf.* SCHULZ. *d. tr. c. 6. 8.* Ex communi sententia, oblatio solvit etiam antichresin *l. 11. C. de usur.* *v.* SCHULZ. *d. c. 6. n. 17.* HUBER. *in posit. ad J. quib. mod. toll. oblig. n. 43.* sed minus recte, cum ille textus loquatur de oblatione solenni *v.* NOODT. *de usur. l. 3. c. 15. conf.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 1187.*

§. 12. Aliquando fit pecuniæ debitæ obsignatio & depositio, sine præ-

prævia oblatione, hæc Creditori perinde non obest, ac solutio alii facta *v. cap. præc. §. 7.* nulla enim ejus culpa hactenus intercessit. Habet tamen ejusmodi depositio, solennis oblationis & depositionis effectus, si creditori aliquo casu solvi vel offerri res debita nequeat. Igitur, si creditor sit inidoneus, v. gr. pupillus, tutore destitutus, vel incertus, v. gr. quando post mortem, de hæreditate ejus disputatur *v. l. 9. §. 1. de usur.* aut absens, vel in apocha conficienda moras nectat, vel prævio creditoris arresto, judex debitori pecuniam deponere mandet, ad effectus consvetos depositio statim fieri potest *vid.* SCHULTZ. *d. tr. c. 7.*

§. 13. Sola judicis prohibitio, ne debitor creditori solvat, cursum usurarum non aliter sistit, quam si usum pecuniæ debitori simul intercipiat; de hoc ergo constet, vel pecuniam judici tradere, vel judicialiter obsignatam, ad se recipere, vel testibus, aut jurejurando suo probare debet debitor, se pecunia, ob factam prohibitionem, non esse usum. Si nihil horum fecerit, pecunia interim usus merito præsumitur, ac usuras solvere debet; quæ in Electoratu Saxoniæ, expressa sanctione confirmata *Decis. Saxon. 27.* non tamen positiva, sed naturalia sunt, ac, ex natura hujus negotii, & æquitatis regulis, ultro fluunt *vid.* SCHULTZ. *d. c. 7. n. 12.*

§. 14. Cæterum quæ hactenus de effectu sistendarum usurarum diximus, pertinent ad eum casum, quo certum est, quod usuræ debeantur. Quodsi autem earum obligatio sit incerta, dum v. gr. liquidum, inter creditorem & debitorem, nondum constitutum, & ille in mora est, quo minus constituatur, eo casu debitor, in sui securitatem, pecuniam neque offerre, neque deponere tenetur, cum, impediendæ solutionis necessitati, sola sortis incertitudo sufficiat, nec opus sit alio medio.

CAPUT XIII.
DE COMPENSATIONIBUS.

SUMMARIA.

Compensationis natura & diversitas §. 1.
Fit ipso jure §. 2.
Hoc tamen non aliter compensationem inducit, quam volentibus iis, quorum interest §. 3.
Compensatio ex æquitate oritur §. 4.
Obtinet inter mutuos debitores §. 5.
Cujuscunque conditionis §. 6.
Non vero inter non debitores §. 7.

§. 1.



Ompensatio est *debiti & crediti inter se contributio l. 1. de compensat. l. 4. fin. C. eod.* sive, est *debiti, ob aliud creditoris debitum, sublatio, ab eo tempore, quo utrumque existit, ex communi mortalium affectu, autoritate legis, facta.* Est vel *pura*, quæ debitum mutuum, de cujus pretio statim constat, ab eo tempore, quo utrumque extitit, perimit aut imminuit, vel *conditionalis*, quæ debita, quorum pretium non statim apparet, tum demum tollit, si eadem, prævia taxatione, in sui æstimationem resolvantur *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 446. 447.*

§. 2. Fit compensatio ipso jure *l. 4. 10. 21. ff. l. 4. C. de compens.* i. e. non demum ab eo tempore, quo compensatio in judicio allegatur, sed potius ab eo, quo mutuum debitum extitit, utrumque tollitur vel imminuitur, id quod non tantum de compensatione pura, sed & conditionali verum est, modo debita in sui æstimationem resolvantur. Est autem *ipsum jus* illud, non mere Romanum, sed hæc potius cujus-

vis

vis debitoris intentio & votum est, ut ab eo tempore, quo creditor ipsi vicissim aliquid debet, liberari velit, quare lex Romana, commune illud hominum desiderium, saltem expressit & confirmavit, quodsi id factum non esset, ipsa æquitas illud satis ostenderet.

§. 3. Non tamen ipsum jus, aliter compensationem inducit, quam si velit is, cujus interest: quamdiu igitur de hac voluntate nondum constat, tamdiu compensatio est in suspenso, illa vero secuta, retro, à tempore mutui debiti, hæc incipit, nam ipsum jus, hic nihil aliud est, quam voluntatis affectusque privati interpres, adeoque nullam affert necessitatem, sed liberrimum iis, quorum interest, relinquit arbitrium, an, ex communi mortalium affectu, factam præsumtionem admittere velint, nec ne *v. l. 1. §. 4. de contr. tutel.* Falsum igitur est, quod nonnulli censent: *Compensationis, ipso jure peractæ effectum esse, ut debitores & creditores inviti teneantur pati, quo utriusque debitum & creditum, momento orientis ab altera parte debiti, tollatur.* Ex dictis porro liquet, ipsum jus, hic non esse nomen inane, sed potius hodie etiam ultilissimum *v.* Observ. Lauterb. *Obs.* 448.

§. 4. Fit compensatio propter æquitatem *l. 5. 18. ff. l. 5. 6. C. de compens. l. 36. de admin. tutor. l. 8. de dol. except.* quæ satis manifesta est, nam si quis creditori suo, qui ipsi vicissim vere & liquido aliquid debet, præcise solvere cogatur, tum utique læderetur, quia id, quod in effectu jam præstitit, denuo præstaret, & licet solventi jus exigendi, quod si debetur, competat, tamen interest nostra, potius non solvere, quam solutum repetere *l. 3. de compens.* Non tamen illa æquitas absolute obtinet, sed positis certis circumstantiis, has vero tam privatorum consensus, quam lex positiva mutare potest, hinc aliquando, positis licet omnibus requisitis, compensatio, salva æquitate, cessare potest *v.* Observ. Lauterb. *Obs.* 449.

§. 5. Obtinet compensatio inter mutuos debitores *l. 2. ff. l. 4. C. de compens.* licet alteri solutio, velut conditio, sit injuncta *l. 20. §. 2. de statutib. l.* 45. *de condit. & demon.* aut, antequam ex altera parte debitum supervenerit, alter se soluturum juraverit, nam compensatio, in effectu, est solutio *l. 4. §. 7. de re jud. l. 19. de lib. caus. l. 4. qui potior. in pign. l. 76. de V. S.* nisi quis debitum creditoris secuturum sciverit, tum enim jurando, facultate compensandi, se abdicavit *c. 7. X. de jurejur.*

 hinc

hinc etiam cessat compensatio, si, tempore juramenti, mutuum debitum vere adfuerit *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 450.*

§. 6. Illud nihil nihil refert regulariter, cujus conditionis sint debitores *v. l. 1. §. 4. de contrar. tutel. l. 3. C. eod. l. 1. 3. C. l. fin. ff. de compens. l. 46. §. 5. de jur. fisc.* Aliquando tamen debitoris conditio compensationem excludit. Sic non compensatur contra fiscum, si aliquid exigat ex calendario *l. 3. C. de compens. v. l. 64. de Legat. 3.* NOODT. *de fœn. l. 2. c. 1.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 451.* ex vectigalibus, ex causa annonaria, tributorum, alimentorum, statutorum sumtuum, ex causa fidei commissi vel ex venditione *l. 3. 7. C. de compens. l. 17. §. 1. de V. S. l. 46. §. 5. de jur. fisc. l. 122. de Legat. 1. v.* LAUTERB. *C. J. de compens. lit. S.*

§. 7. Inter eos vero, qui mutui debitores non sunt, compensatio cessat, nec potest ex jure tertii, illa objici, vel agenti, obligatio aliena opponi *l. 16. 18. §. 1. ff. l. 9. C. de compens.* hinc maritus, ex uxoris, civitas, ex civium, debitor principalis, ex fidejussoris, filius emancipatus, ex patris, procurator ex domini jure, compensationem frustra opponit, nec etiam, vice versa, ob illorum obligationem, eam metuit. Aliud obtinet, quoad patrem & filiumfam. peculio profectitio instructum hi enim unius personæ vice funguntur *l. 9. de compens.* Porro tutor, ex jure aut obligatione pupilli, compensationem nec objicit, nec patitur *l. 23. de compens.* licet alii, ob æquitatem, eam admittant, *v.* CARPZ. *p. 1. C. 8. D. 7.* quod tamen non satis certum. Illud certius est, quod tutori, nomine pupilli, agenti, possit opponi compensatio, si pupillus, alio tutore autore, debitori convento, aliquid debere cœperit *l. 36. de admin. tutor.*

§. 8. Cæterum quod ex jure & obligatione tertii, compensatio opponi nequeat, illud generalem habet limitationem; nisi vel reus, vel actor, in tertii jus aut obligationem successerit. Hinc procurator in rem suam, sive cessionarius, ex jure cesso, compensationem recte objicit *l. 18. de compens. l. 25. de procur. l. 9. C. eod.* Vice versa si creditor meus, debitoris mei obligationem in se susceperit, ac postea contra me agat, debitoris mei debitum, ac obtinendam compensationem, ei recte oppono, atque hæc limitatio, in omnibus casibus, antea memoratis, similibusque locum invenire potest.

§. 9. Inprimis illa occurrit quoad hæredes; si igitur hæres suum debitum exigat, ex obligatione defuncti merito compensationem patitur,

tur, nam hanc in se suscepit, modo hæreditas sit solvendo, alias, pro viribus hæreditatis, compensatio, saltem admittitur, dummodo, jure civili, inventarium sit confectum *l. fin.* §. *4. C. de jur. de lib.* Ex eodem principio fluit, quod contra singulos unius successores, pro parte hæreditaria, saltem compensetur *v. l. 16. de compens. l. 6. C. fam. ercisc. l. 1. C. si cert. pet.* Vice versa hæres, ob proprium debitum conventus, ex jure defuncti, compensationem recte objicit, vel si ex hujus jure agat, ob proprium debitum, dubio procul, eam patitur *v.* OBSERV. LAUT. *Obs. 453.*

§. 10. Sicut autem mutua debita aliquando, per successionem & consensum, fiunt, ita ab initio constituta, mutatis personis, non desinunt. Hinc si creditor idemque debitor, jus suum alii cedat, cessionario agenti, perinde opponitur compensatio, ac illa cedenti ipsi fuisset opposita, ille enim non plus juris accipere potuit, quam hic habuit *l. 4. 21. de compens.* quæ ratio ostendit, quod nihil intersit, sive suo, sive cedentis nomine, cessionarius agat, sive titulo oneroso, sive lucrativo cessio facta sit, sive quis ultro jus comparaverit, sive, ob inopiam debitoris, in solutum acceperit.

§. 11. Quodsi cessionario, omnia cedentis bona, ac, sub iis, etiam nomen cessum, fuerint oppignorata, antequam cedens, debitori cesso, rursus aliquid debere cœperit, nihilominus cessionario exceptio compensationis valide opponitur, nam hypotheca generalis non impedit, quo minus cedens, debitori suo efficaciter obligetur. Aliud dicendum est, si post formatum creditorum concursum, cedens cum debitore suo contrahat, nam exinde hic, in præjudicium aliorum creditorum, validum jus non consequitur, nec adeo compensationem objicere potest. *v.* BERGER. *in resolut. ad* LAUT. *C. J. de compens. qu. 1. add.* OBS. LAUT. *Obs. 452.*

§. 12. Si post cessionem factam, cedens, pristino suo debitori, demum obligetur, cessionario compensatio opponi nequit, si debitori cesso, cessionem tempestive denunciaverit, tum enim hic intelligit, se cum eo contrahere qui ejus creditor amplius non est; quodsi vero cessio debitori denunciata non sit, tum compensatio, ex debito post cessionem secuto, cessionario recte objicitur, debitor enim, ob ignorantiam, putavit, se cum suo creditore contrahere, hinc illius juris intuitu, validum jus acquirere potuit, ac imputet sibi cessionarius, quod tempestive cessionem non denunciaverit *v. l. fin. de transact. l. 1. in fin. de A. E. V. l. 3. C. de novat.* LAUT. *C. J. de compens. lit. S. in fin.*

§. 13.

§. 13. Si correus credendi agat, compensationem, ob debitum alterius correi, non patitur, hæc enim obligatio actorem non attinet. Porro si creditor agat, contra reum debendi, hic, ex jure alterius correi, non compensat, nam hoc jus, ad reum conventum, itidem non pertinet *l. 10. de duob. reis* exceptio in utroque casu est, nisi correi sint socii *d. l. 10.* quod communiter de sociis omnium bonorum explicant *vid.* STRUV. *S. J. C. exerc. 21. §. 25. n. 2.* sed sufficit, si obligatio aut jus, ob quam, vel ex quo compensatio objicitur, correis sint communia *vid.* STRYK. *in not. ad Lauterb. de compens. ad p. 272. v. l. 2. c. 6. §. 16.*

§. 14. Illud, in præcedentium illustrationem, forte non intempestive admonetur, locutiones illas *compensare* & *compensationem pati*, esse relata, ac in omnibus casibus, simul occurrere, nam reus compensat, vel non compensat, actor vero compensationem patitur, vel non patitur. Quando igitur, in præcedentibus, locutiones illæ nonnunquam oppositæ sunt, eo ipso relatio, habito respectu ad utrumque litigantem, non negatur, sed illa oppositio fit saltem particulariter, intuitu unius personæ, quæ, pro casuum diversitate, rei vel actoris personam sustinet, adeoque compensare, vel non compensare; compensationem pati, aut non pati dicitur. V. gr. si maritus conveniatur, ex jure uxoris, non compensat, si idem agat, ob hujus obligationem, compensationem non patitur. Interim, in utroque casu, habito respectu ad utrumque litigantem, alter compensat, alter compensationem patitur vel contra.

§. 15. Quo autem requisita compensationis recte intelligantur, *pura* & *conditionalis*, de qua §. *1. h.* distingvi debet. Illa habet locum (1.) in rebus, non factis, hæc enim functionem non recipiunt *l. 31. de solut.* nec eorum æstimatio, vel pretium statim adest *vid.* OBSERV. LAUT. *Obs.* 454. (2.) ejusdem generis proximi *l. 4. C. de compens. l. 2. §. 1. de R. C. l.* 16. *C. de solut. v.* CARPZ. *p. 1. C. 8. D.* 11. (3.) qualitatis vel bonitatis *l. 3. de R. C.* licet vel in sorte, vel usuris, diversa quantitas sit *l.* 4. 11. 12. *ff. l.* 4. *C. de compens.* (4.) in genere & simul debitis, *l. 14. de compens.* quorum requisitorum omnium una est ratio, nempe quod compensatio pura, requira debita, quorum pretium, sine ulteriori taxatione, statim appareat.

§. 16. Ex

§. 16. Ex his ergo liquet, quod (1.) ſpecies in genere debitæ, v. gr. equi ſine certa determinatione, vel fundi incertæ vel æqualis quantitatis, ſine loci cujusdam conſideratione, debiti, recte compenſentur, nam earum mutua proportio eſt manifeſtiſſima *v. l. 37. de Legat. 1. l. 35. §. 1. 2. C. de donat.* Idem (2.) dicendum, ſi eadem ſpecies utrinque debeatur v. gr. promiſiſti mihi fundum Sempronii, idem fundus tibi legatur ab eo, cujus ego ſum hæres, nam hic quoque compenſatio locum habet, ut neuter aliquid præſtet, ſed uterque id, quod, in comparationem fundi, expendere debebat, retineat, eſt enim utriusque debiti pretium evidentiſſimum *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obſ. 455.*

§. 17. E contrario ſpecies certa pro alia ſpecie, vel ſpecies pro quantitate, compenſari nequit *l. 13. §. 2. de pign. l. 18. de pign. act.* nam pretium hic eſt incertum, ac prævia taxatione & conventione demum ad liquidum deducendum. Ceſſat quoque compenſatio, licet ſpecies, taxationis gratia, æſtimatæ ſint, nam ea æſtimatione, ſpecies obligationi non eximuntur *l. 21. C. de jur. dot.* aliud dicendum, ſi, venditionis cauſa, æſtimatio facta, nam hoc modo debita quantitatis conſtituuntur *l. 5. 10. C. de jur. dot.* Pro ſpeciebus quoque haberi debent nummi certa demonſtratione circumſcripti *l. 51. de Legat. 1. l. 30. §. 4. ad L. Falcid.* Si ab altera parte quantitas, ab altera quantitas vel ſpecies debeatur, ex eventu electionis dependet, utrum compenſatio locum habeat *l. 22. de compenſ.* LAUTERB. *C. J. de compenſ. lit. O.*

§. 18. Sicut autem, ex qualitate objecti, judicandum, utrum compenſatio pura locum habere queat, nec ne, ita, ut illa actu obtineat, requiritur debitum (1.) *verum* (2.) *purum* & (3.) *liquidum.* Primo debitum, ob quod compenſatio objicienda, debet eſſe *verum*, mixtum vel naturale perfectum *l. 6. de compenſ.* quale hodie unicum fere debitum, filiifam. ex mutuo, eſt *v. l. 10. de SCt. Maced.* Perperam igitur condemnatus, quod ſolvit, non compenſat, ſi à victore, ex alia cauſa denuò conveniatur, victor enim, ob autoritatem rei judicatæ, ſuum cenſetur conſecutus, adeoque Reo, eo nomine nihil debet *l. 2. C. de compenſ. l. 25. de ſtat. hom. l. 1. C. de condict. indeb.*

§. 19. Si verus debitor, injuriâ judicis, abſolvatur, ac poſtea, ex cauſa habili, contra priſtinum actorem, agat, hic, ex priori debito, compenſationem itidem objicere nequit, abſolutus enim, ob rei judicatæ

autoritatem, revera nihil debet *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs.* 456. Mulieri agenti compensatio, ob intercessionem, quoque non obstat, nam hæc etiam obligatio, morali æstimatione, pro nulla habetur *l.* 16. *in fin. ad SCt. Vellej. l.* 40. *pr. de condict. indeb.*

§. 20. De cætero nihil interest, sive debita compensanda, ex contractu, sive delicto veniant. Regulariter igitur compensatio, circa quemvis contractum, locum invenit *v. l.* 5. 7. *C. de compens.* etiam quoad commodatum, si æstimatio petatur, non standum est regulæ, quamdiu exceptio non apparet: porro quoad dotis repetitionem, si quantitas repetatur *l.* 15. §. 1. *solut. matrim. l.* 1. *C. rer. amot.* nam specierum dotalium retentio & compensatio conditionalis saltem est prohibita *l. un* §. 5. *C. de R. U. A.* Deponenti quoque, si ex deposito regulari, rei depositæ æstimationem petat, compensatio recte objicitur, licet vulgo dissentiant *v.* LAUTERB. *C. J. de compens. lit. O. n.* 5. nam itidem rei depositæ retentio & compensatio conditionalis, solum prohibita est *l. fin. C. de compens. l. pen. C. depos. v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs.* 457.

§. 21. Porro circa delicta etiam compensatio obtinet, licet uterque ex delicto debitor & creditor sit. *l.* 10. §. 2. *de compens. l.* 36. *de dol.* hoc tamen, quoad interesse privatum, esse intelligendum facile liquet *v. l.* 39. *solut. matrim. c. fin. X. de adulter.* nam quoad pœnam compensatio non habet locum, hanc enim non sibi invicem delinquentes, sed ambo Reipublicæ debent *v. l.* 2. §. 4. *l.* 13. §. 5. *ad L. Jul. de adult.* Spoliato tamen compensatio opponi nequit *l. fin.* §. *f. C. de compens. l.* 7. *C. ad L. Jul. de vi publ. conf.* LAUTERB. *d. l.*

§. 22. Debet etiam debitum compensandum, *purum* esse *l.* 7. *l.* 16. §. 1. *de compens.* excluduntur ergo debita conditionalia & in diem *v.* CARPZ. *p.* 1. *C.* 8. *D.* 4. loci verò adjectio puritati non obest, licet quandoque augeat, vel imminuat debitum, tempus tamen, quod tacite inest, præterlapsum esse debet *v. l.* 15. *de compens. l.* 2. §. 6. *de eo quod cert. loc.* In specie igitur fidejussor, à reo principali, ex alia causa, conventus, non potest compensare, quod pro eo creditori forte est soluturus, nam id adhuc perincertum est debitum *v.* CARPZ. 2. *Resp.* 103.

§. 23. Emtor quoque annuorum redituum, si à venditore, ex alia causa conveniatur, ob sortem, pro reditibus datam, compensationem ei opponere nequit, sors enim illa repeti nequit, nisi sub conditione, si

ven-

venditor velit, hinc debitum hoc, non eſt purum *v.* CARPZ. *p.3. C.24. D.16. v.* OBSERV. LAUTERB. *Obſ.458.* Porro creditor ſimplex, qui ex debitoris bonis, aliquid ſubhaſta emit, debitum ſuum, pro pretio ſolvendo, compenſare nequit, antequam creditoribus, melius jus habentibus, ſit ſatisfactum, nam non aliter illi aliquid debetur, quam his dimiſſis *add.* LAUTERB. *C. J. de compenſ. lit. O. n. 6.*

§. 24. Denique debitum, ex quo compenſatio objicienda, *liquidum* eſſe debet *l. fin. §. 1. C. de compenſ.* de quo nempe conſtat, quid, quale & quantum debeatur. Id quod ipſa æquitas etiam exigit, nam, exactionem debiti liquidi, exceptione illiquidi morari, læſionem utique, quoad actorem, involvit. Quodſi tamen probabilis adſit ſuſpicio, fore, ut ille, qui liquido jure nititur, ſuum conſecutus, alterum fallat, tum, mero jure naturali, etiam illiquidi cum liquido, erit compenſatio. Sed quoad privatos, leges poſitivæ, hoc caſu, potius exigunt, ut debitum liquidum in judicio deponatur, ac, quoad illiquidum, actio inſtituatur.

§. 25. Uti autem debitorum evidentia in puncto non conſiſtit, ſed, cum aliqua laxitate, intelligenda eſt, ita tempus, intra quod, illa ad liquidum deduci, ſive probari debeant, jure civili, judicis arbitrio relictum eſt *l. fin. §. 1. C. de compenſ. l. 46. §. 4. de jur. fiſc.* Hodie verò, à diverſitate proceſſus *executivi* & *Ordinarii*, id dependet, nam in illo, ex confeſſione partis, re judicata vel celeri probatione, de debito conſtare debet *v.* CARPZ. *p. 1. C. 8. D. 13. ſeqq.* in hoc vero, etiam debitum illiquidum opponi, ac in reprobatione, ad liquidum deduci poteſt *vid.* LAUTERB. *C. J. de compenſ. lit. O. n. 7.*

§. 26. Compenſationem conditionalem, quam alii temporalem dicunt, quod attinet *v. §. 15. h.* dubium non eſt, quin mero jure naturali, illa obtineat, per ea, quæ dixi *§. 4.* nam diverſitas illa, quod debita in ſui æſtimationem reſolvi debeant, æquitatem non mutat. De jure autem Romano, communiter hæc compenſatio locum habere negatur, alii tamen eam admittunt *v.* LAUTERB. *C. J. de compenſ. lit. a.* mihi diverſa jura diſtingvenda eſſe videntur. De jure antiquo, ſaltem compenſatio, quoad quantitates, admiſſa videtur *l. 18. de pign. action. l. 13. §. 2. de pign. l. 22. de compenſ. l. 56. §. 3. de jur. dot. l. 5. de impenſ. in rem dot.* idque ſolum quoad judicia bonæ fidei, poſtea ta-

men compensandi facultas, ad stricti juris actiones, est extensa *§. 30. I. de action.*

§. 27. Tandem vero Justinianus quoad species quoque, adeoque omnes actiones reales & personales, compensationem admisit, excepta solum actione depositi & spolii *l. fin. C. de compens.* quo ipso compensatio conditionalis est exorta. Exitus autem ejus est, ut res debita, à reo tamdiu retineri possit, donec vel actor suum quoque præstet, vel, hoc non facto, id, prævia æstimatione, pro debito, quod exigit, retineat, id quod juxta tres casus, ubi scilicet vel utrinq; species, vel ab actore species, à reo quantitas, vel vice versa, debetur, specialius intelligi potest.

§. 28. Neque huic sententiæ obest, quod nemo invitus comparare vel distrahere cogatur *l. 11. C. de C. E. V. l. 16. C. de jur. deliber.* nam, in compensatione specierum, voluntas adest, si enim v. gr. actor, qui quantitatem exigit, speciem reo debeat, ac, objecta compensatione, eam præstare nolit, eo ipso utique satis testatur, eam sibi placere, hinc merito, facta æstimatione, pro quantitate, quam petit, eam retinere debet. Idem est, si vice versa speciem exigat, qui quantitatem debet, nam hic etiam reus, qui compensationem objicit, ostendit, se speciem debitam, pro quantitate retinere velle.

§. 29. Ex quo etiam liquet, quomodo, admissa specierum compensatione, sententia à judice concipienda sit, nempe ut actor, si rem petitam habere velit, rursus præstet, quod debet, vel, hoc non facto, id, rei petitæ loco, pro ratione summæ concurrentis, retineat, ac excessus vel defectus restituatur aut suppleatur. Unde etiam utilitas hujus compensationis apparet, nam una sententia, duplex lis tollitur.

§. 30. Æquitati igitur & juri civili recentiori congruit, ut non tantum in quantitatibus, sed & speciebus, compensatio admittatur, ac, hoc ultimo casu, nihil aliud consideretur, quam an debitum verum purum & liquidum adsit *l. fin. C. de compens.* Hodie tamen, in foro, eò fere deventum est, ut in iis debitis, de quarum pretio, & mutua proportione, sine ulteriori taxatione, statim constat, compensatio admittatur, cætera vero ad Reconventionem ablegentur, id quod, tam ex vulgari præjudicio, quam propriis forte fori rationibus, originem habet *conf.* OBSERVAT. LAUTERB. *Obs. 460.*

§. 31. Effectus compensationis est, quod, ex momento mutui debi-

debiti, debitores ipso jure liberentur *l. 4. 10. 21. ff. l. 4. C. de compens.* hinc etiam usuræ desinunt *l. 11. 12. ff. l. 4. C. eod. l. 7. C. de solut.* pignora solvuntur *l. 12. C. de compens.* fidejussores liberantur *l. 4. de compens. l. 43. de solut.* nec mora, etiam quoad canonem emphyteuticum, amplius committitur *l. 55. 80. de R. J. v.* LAUTERB. *C. J. de compens. lit. E.* Ille tamen effectus, tam quoad obligationem principalem, quam accessoriam, non aliter sequitur, quam si velint illi quorum interest, ceu ostendi *§. 3.* cujus observationis utilitatem, in nonnullis quæstionibus specialibus, jam considerabimus.

§. 32. Scilicet quæritur, si is, qui compensare poterat, solverit per errorem, qua actione solutum repetat? condictione indebiti *l. 10. §. 1. l. 30. de condict. indeb. l. 5. §. p. de impens. in res dot.* quod hactenus admitti potest, si solvens effectum compensationis admittere velit, tum enim, utroque debito jam olim sublato, id quod præstitit, indebite solvit. Ast si compensationem nolit admittere, tum manserunt causæ separatæ: solvens præstitit illud, quod debuit, ac vice versa, veteri propriaque actione id, quod sibi debetur, à pristino creditore, exigere potest *v. l. 1. §. 4. de contr. tutel.*

§. 33. Quid vero, ex duobus illis, eliget solvens? si sapit, posterius, nam, declinandæ solutioni, compensatione recte utimur, sed, illa facta hanc admittere, plerumque inconsultum est: Habet vetus & propria actio peculiaria commoda: potest esse munita pignore & fidejussore *v.* BERGER *in resolut. ad* LAUTERB. *de compens. qu. 6.* præterea, si pristinus creditor usuras debuit, has sine interruptione, veteri actione, consequitur debitor, quæ omnia, circa condictionem indebiti, aliter se habent *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 462.*

§. 34. Vix igitur dubitandum videtur, quin JCtis, condictionem indebiti introducentibus, *ipsum jus* illuserit, quasi scilicet, invitis partibus, compensationem operetur, nam si ad effectum & voluntatem eorum, quorum interest, respexissent, illam fortassis non asseruissent. Ex dictis etiam intelligitur, quæstionem: *an condictio indebiti competat, si quis, sciens vel etiam per errorem juris, solverit?* nullius esse usus, nam, sive id neges, sive affirmes, perinde est, cum solvens actione veteri suum consequi possit. Plane si vetus & propria actio præscriptione, extincta esset, nisi interveniens compensatio præscriptioni objiciatur,

quod ex casu *§.37.* proposito intelligi potest, tum, facta solutione erronea, compensatio erit urgenda ac condictio indebiti instituenda, quo casu etiam quæstio proxime relata, alicujus usus est.

§. 35. Si ei, qui mihi v. gr. centum ex mutuo debet, postea, ex causa habili tantundem debere incipiam, mox vero novus creditor, pacto debitum illud mihi remittat, quæritur, an ego cum effectu centum ex mutuo petere queam? Non videtur, quia debitum utrumque, simulac extitit, compensatione sublatum, ac adeo pactum de non petendo, inane fuit. Sed, ex principio antea firmato, contrarium dicendum: Ipsum jus non operatur invitis partibus, hæ verò cum posterius debitum sustulerint, adeoque compensationem excluserint, ideo prius debitum, in suo vigore, perstitit *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 462. n. 2.*

§. 36. Compensatio locum habere dicitur, licet statutum præcise solutionem requirat *v.* LAUTERB. *C. J. de compens. lit. E. in fin.* Hoc concedi potest, si statutum solutionem generalius acceperit, sed si stricte & specialiter, tum assertio illa fallit, compensationem enim non tantum voluntas privatorum, sed & leges positivæ, ac statuta excludere possunt, contrarium nemo probaverit, nisi ex leguleja ipsius juris omnipotentia.

§. 37. Illud rectius ad effectum compensationis refertur, quod illa, replicatione præscriptionis, non elidatur: Finge, me tibi debere centum ex emto, elapsi sunt 20. anni, postea, ex testamento, centum mihi debere incipis. Post duodecim annos, ago adversus te ex testamento, tu opponis compensationem, ex causa emti, ego replico, actioni emti, 32. annorum lapsu, esse præscriptum, sed frustra, nam jam ante duodecim annos, adeoque ante completum præscriptionis tempus, meum jus, per debitum ex emto, fuit sublatum. Quodsi autem post 30. annos, tu mihi debere incipias, hoc debitum valide exigere potero, tu autem ex debito, per præscriptionem, jam extincto, frustra compensationem objicies.

§. 38. Fidejussorem, etiam invito debitore principali, per compensationem liberari, dicunt *vid.* LAUTERB. *C. J. de compens. lit. E.* Sed de hoc distinctius quoque pronunciandum: Si fidejussor à creditore conveniatur, tum compensationem etiam invito debitore recte objicit *l. 32. de fidejuss.* Sed si debitor principalis conveniatur, ac vel com-

compenſatione, vel ſolutione creditori ſatisfaciat, tum quæſtio, an ejus fidejuſſor, ipſo invito, liberetur? eſt otioſa. Si vero debitor, qui compenſare poterat, creditori ſolvat, ac poſtea hunc ex proprio jure conveniat, tum hujus fidejuſſor, per compenſationem, qua uti noluerunt, principales perſonæ, haut eſt liberatus, hinc ſi forte principalis debitor & priſtinus creditor ſolvere nequeat, fidejuſſor utique tenebitur, nam principalibus perinde licet abjicere compenſationem, ac pactum de non petendo vel alium liberandi modum *v. cap. præc. §. 6.*

§. 39. Quo autem compenſatio effectum habeat, à reo alleganda eſt, quod ex communi ratione facilè intelligitur *l. 2. l. 10. §. 3. l. 13. ff. l. fin. §. 1. C. de compenſ. v.* CARPZ. *p. 1. C. 8. D. 6.* De hac compenſationis exceptione dicunt, quod ſit exceptio facti, i. e. præſupponat actionem ipſo jure & penitus ſublatam, non ſtricto jure adhuc ſubſiſtentem *v.* LAUTERB. *d. l. lit. E.* deinde, quod judiciis bonæ fidei, ipſo jure inſit *v.* VINN. *in not. ad §. 30. I. de action.* Sed utrumque illud *ipſum jus*, hodie eſt nomen otioſum *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obſ. 461.*

§. 40. Illud ad locum communem, de uſu Exceptionum, pertinet, quod exceptio compenſationis, ſi liquida ſit, ante litis conteſtationem, & in ipſa executione, nec non inſtrumentis paratam executionem habentibus, poſſit opponi *l. 2. C. de compenſ. v.* CARPZ. *p. 1. C. 8. D. 2. 6. 12.* Eodem referendum, quod compenſationem opponens, debitum ſuum fateatur, hæc enim verior eſt ſententia, licet interpretes hic fluctuent *v.* LAUTERB. *C. J. de compenſ. lit. E. in fin.* & *de exception. lit. E. n. 3. in fin.* Effectus autem illius rei eſt, quod Reo, non actori, ſit injungenda probatio.

§. 41. Hodie tamen exiguus vel nullus ejus eſt uſus, nam in proceſſu executivo, & Ordinario ante litis conteſtationem, nullæ, niſi liquidæ, exceptiones admittuntur; Quando igitur quis compenſationem objicit, non illud conſideratur, an fateatur debitum, ſed an parata ſit exceptionis probatio, hac deficiente, exceptio negligitur. Quando autem, in proceſſu Ordinario, exceptio non ſatis liquida eſt, tum lis conteſtanda, ac poſtea exceptio objicienda eſt, ſola vero exceptionis objectio, neque litis conteſtationem affirmativam, neque negativam involvit, hinc judex ſententia ſua probationem nondum alteri parti injungit, ſed potius litis conteſtationem, magis diſertam & evidentem exigit.

§. 42. Si

§. 42. Si compensatio petitioni actoris, cum effectu, fuerit opposita, facile liquet, quod novæ petitioni, ex alia causa factæ, rursus opponi nequeat, nam ejus fundamentum, jam est sublatum *l. 13. de compens.* Si autem compensatio non admittatur, ideo quod aliquod requisitum defuerit, tum reo omne jus manet salvum *l. 7. §. 1. de compens. l. 18. §. fin. commod. l. 1. §. 4. de contrar. tutel.* Si vero, ob non probatum debitum reciprocum, eam rejecerit judex, tum Reo, ex illo jure postea agenti, obstat exceptio rei judicatæ *l. 7. §. 1. de compens. l. 1. §. 4. de contr. tutel l. 8. §. 2. de N. G. v.* CARPZ. *p. 1. C. 8. D. 5.* LAUTERB. *C. J. de compens. l. 3.*

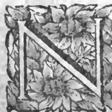
§. 43. Cum compensatione, omnes reliquit tollendarum obligationum modi hactenus conveniunt, quod jura & obligationes tollant. Inprimis cognationem quandam cum compensatione habet *Retentio* quæ est *actus, quo debitor speciem debitam, tamdiu sibi servat, donec actor, ratione debiti reciproci, ipsi satisfecerit.* Differt ergo à compensatione *pura*, quæ debitam rem simpliciter, & *conditionali*, quæ eam, facta æstimatione, retinet, sed retentio, ad præstationem debiti reciproci, creditorem adigit *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 464.* De cætero retentio rei debitæ, ob expensas in eam factas, etiam jure civili antiquo, obtinuit *l. 56. §. 1. de jur. dot. l. 18. §. fin. commod.* conf. *l. 4. c. 12. §. 16.*

CAPUT XIV.
DE NOVATIONIBUS.

SUMMARIA.

Novationis natura & diversitas §. 1.
Exempla novationis impropriæ §. 2. 3.
Propria est vel novatio vel delegatio §. 4.
Fit hodie solo consensu §. 5.
Novationis subjectum §. 6. Et materia §. 7.
Novatio tollit obligationem priorem & constituit novam §. 8. 9. 10.
A delegatione differt cessio & assignatio §. 11.

§. 1.



NOvatio in genere, est *actus, consensu & verbis, ore prolatis, constans, quo nova obligatio constituitur pristinâ vel salva, vel sublata.* Hodie verba nuncupata præcise non requiruntur, sed sufficit solus consensus, quovis modo decleratus, nam stipulationes Romanorum in Germaniam receptas esse, probari nequit.

Est

Est vel *impropria*, quæ, obligatione priori salva *v. l. 16. de novat.* & *propria*, quæ, illa sublata, novam obligationem constituit *l. 1. de novat.* conf. *l. 57. de adm. tutor.*

§. 2. Impropriæ Novationis exemplum est (1.) in ea novatione, in qua animus, priorem obligationem tollendi, non satis apparet *§. 3. in fin. I. quib. mod. toll. oblig.* (2.) hodie in Constituto, quo prior obligatio repetitur *v. l. 4. c. 22. §. 8. 9.* (3.) in Romanorum antiqua litis contestatione *l. 29. de novat. l. 3. §. 11. de pecul.* nam hæc obligationem præcedentem adeò non tollit, ut eam potius magis constantem reddat *l. 13. §. 4. de pign. l. 41. §. 1. de fidejuss. l. 29. de novat. l. 26. de O. & A. l. 2. C. de judic. l. 86. de R. J.* præterea vero est nova & propria conventio *l. 2. C de pact.* ex qua exceptio vel actio rei judicatæ descendit *l 6. §. fin. l. 56. de re judic. l. 3. C. de usur. rei jud. l. 15. 16. de except. rei jud.*

§. 3. Vulgo autem litis contestatio pro quasi contractu habetur *v.* LAUTERB. *C. J. de re jud. in fin.* quod tamen probari nequit, hinc potius dicendum, quod sit *pactum tacitum l. 3. §. 11. de pecul.* prout etiam diserte ita vocatur in *l. 2. C. de pact.* Atque hoc pactum nec hodie, circa litis contestationem, negandum est, sed habet illud adhuc suos effectus *v. d. l. 2. C. de pact. l. 16. C. de fidejuss.* actio tamen vel exceptio rei judicatæ inde amplius non est repetenda, hæc enim, ex sola absolutione judicis resultat, facta vero condemnatione, executio, sive nova actione, fit LAUTERB. *C. J. de re jud. in fin.* conf. OBSERV. LAUTERB. *Obs. 1048. 1171. 1172. v.* infr. *l. 12. c. 4. §. 2.*

§. 4. Propria novatio est iterum duplex, vel *novatio in specie*, qua antiqua obligatio tollitur, ac nova, inter eundem debitorem & creditorem, constituitur *§. 3. I. quib. mod. toll. oblig.* vel *delegatio*, qua in locum prioris debitoris, alius substituitur. Hoc verò fit vel primo debitore volente *v l. 11. 17. 22. de novat.* vel eodem ignorante, aut etiam invito *l. 8. §. fin l. 17. eod.* Prior species, ratione debitoris primi, proprie dicitur *delegatio d. l. 11. 17. de novat.* sed ratione secundi, *expromissio v. §. 41. I. de R. D l. 53. de C. E. V. l. 4 §. 3. de re judic. l. 4. de condict. caus. dat. l. 37. in fin. de oper. libert.* Posterior vero, ultimum titulum saltem admittit, quia debitor primus non concurrit. Aliquando etiam novatio in specie, *expromissio* dicitur *l. fin de SCto Maced.*

§. 5. Fit novatio propria de jure civili, stipulatione *l. 6. 7. de novat.* hodie verò, consensum utcunque declaratum, sufficere, jam dixi *§. 1. v.* CARPZ. *5. Rsp. 105.* LAUTERB. *C. J. de novat. lit. C.* animus vero novandi requiritur *l. 2. 6. 8. §. 2. l. 29. de novat.* qui, jure novo, demum adesse censetur, si diserte hoc dictum sit *l. fin. C. de novat. §. 3. I. quib. mod. oblig. toll.* in delegatione tamen id non requiritur, cum, ex mutato debitore, animus novandi satis appareat *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 1174.* In Electoratu tamen Saxoniæ, etiam hoc casu specialis expressio videtur necessaria *Decis. Saxon. 66. v.* CARPZ. *5. Rsp. 105. p. 2. C. 19. D. 14. seqq.* LAUTERB. *d. l.*

§. 6. Priorem obligationem remittunt, novamque constituunt Creditores, qui liberam rerum suarum administrationem habent; Regulariter ergo pupilli similesque personæ novare non possunt, nisi conditionem faciant meliorem *l. 3. 20. §. 1. de novat.* Poterit etiam novatio per alios fieri, modo creditoris voluntate sint instructi *d. l. 20. pr. §. 1.* hac deficiente, facultas illa cessat *l. 10. 16. 23. de novat.* Expromittunt, seu novam obligationem contrahunt etiam regulariter ii, qui valide se obligare possunt, in delegatione tamen pupillus quoque, quoad præjudicium creditoris, admittitur *l. 1. §. 1. de novat. §. 3. I. quib. mod. toll. oblig.*

§. 7. Novari posse omnis generis obligationes, palam est *l. 1. §. 1. l. 2. de novat.* si futura obligatio novetur, novatio non ante habet effectum quàm si obligatio novanda extiterit *l. 8. §. 2. eod.* hinc si obligatio in diem vel conditionalis novetur, ante diei vel conditionis existentiam, novatio quoque vim suam non exserit *l. 5. 8. §. 1. eod.* Potest etiam obligatio pura, sub conditione vel die, novari, quo casu itidem novationis effectus in suspenso est *l. 8. §. 1. l. 14. pr. de novat.*

§. 8. Novatio pura vel purificata tollit obligationem priorem (ipso jure, an ope exceptionis, hodie nihil refert) ac novam obligationem constituit *§. 3. I. quib. mod. toll. oblig.* Quod ut distinctius intelligatur, *novatio in specie,* & *delegatio* merito separatur. Per illam tollitur obligatio prior, hinc pœna non committitur *l. 15. de novat.* mora purgatur *l. 8. pr. l. 31. pr. eod. v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 1175.* pignora & fidejussores liberantur *l. 18. de novat. l. 4. C. de fidejuss.* usuræ aliaque privilegia cessant *l. 18. 29. de novat.* Præterea nova obligatio constitui-

tuitur, quæ à commodis illis nuda est, nisi aliud actum sit, quod quoad pignora *l. 11. §. 1. de pign. act.* & fidejussores fieri solet *l. 4. C. de fidejuss.*

§. 9. In delegatione res est evidentior, nam prior debitor obligatione sua exsolvitur, licet posterior sit aliquando invalida *§. 3. I quib. mod. toll. oblig.* nec potest amplius contra illum agi, licet delegatus non sit solvendo *l. 2. 3. in fin. C. de novat.* nisi regressus expresse reservatus sit *l. 45. §. p. mand. v.* PERETZ *ad C. de novat. n. 13.* Delegatus porro nova obligatione obstringitur, juxta modum conventionis initæ, hinc privilegia & emolumenta prioris obligationis, eam non comitantur, nisi ei quoque applicata sint; Repetitio tamen pignorum priorum hic non facile occurrit, nisi forte res antea oppignorata, in novum debitorem, simul transferatur.

§. 10. Exinde etiam consequitur, quod delegatus exceptionem, quam deleganti poterat opponere, creditori, cui delegatus est, non possit objicere *l. 12. 19. 33. de novat.* hic enim non agit ex jure delegantis, sed proprio, speciali conventione acquisito, & imputet sibi delegatus, quod, cum sciret, se deleganti nihil debere, tamen pro eo se delegari passus fuerit. Si quis ex errore, dum putat se delegantis debitorem esse, ejus obligationem, nova promissione, susceperit, errans nihilominus creditori, cui delegatus est, valide obligatur, nam error fuit extra expromissionem, & saltem concomitans, nec consensum necessarium sustulit. Intuitu tamen delegantis fuit error efficax, hinc delegatus, quod solvit, condictione indebiti ab illo repetit *l. 12. 13. de novat.*

§. 11. A delegatione differt (1.) *Cessio*, hac enim cedens jus suum, quod erga debitorem habet, in alium transfert, per delegationem verò, jus & obligatio nova, inter creditorem & delegatum, constituitur, ex quo plures differentiæ resultant (2.) *Assignatio*, quando debitor creditori suo, alium, solutionis causa, assignat. Hæc priorem debitorem non liberat, debet tamen creditor, qui assignationem admisit, tempestive exigere, aut assignationi renunciare, aliàs periculum debiti assignati ad ipsum pertinebit *v. Decis. Saxon. 66.* Delegatio & Cessio sunt actus perfecti, Assignatio, solutionis vel similis satis factionis prodromus *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 1173.*

CAPUT XV.
DE TRANSACTIONIBUS.

SUMMARIA.

§. I.



PRo specie Novationis, hodie inprimis, non malè habetur *Transactio*, quæ est *rei dubiæ conventa & non gratuita decisio v. l. 229. de V. S. l. 1. ff. l. 2. 7. 33. 38. C. de transact.* Decisionis titulum meruit Transactio ex comparatione, cum re judicata *l. 2. de jurejur. l. 20. C. de transact.* sicut enim controversiæ, in judiciis, per sententiam determinantur, ita conventione quoque decidi possunt & solent. Interim Novationis quoque titulum gerere potest, nam, in locum juris dubii, novum & certum surrogatur.

§. 2. A diversis circumstantiis varie distingvitur Transactio (1.) ab *objecto* est universalis, generalis & specialis *l. 19. 29. 31. C. de transact.* (2.) ab *adjuncto*, jurata & injurata *l. 41. 42. C. eod.* pœnalis & non pœnalis *l. 15. ff. l. 37. C. eod.* (3.) à *solennitate*, judicialis & extrajudicialis *l. 28. C. eod.* (4.) ab *effectu*, unilateralis & bilateralis *v. l. 6. 28. C. eod.* nuda & legitima *d. l. 6. 28. 33. C. eod.* & si quæ aliæ hujus generis divisiones occurrunt.

§. 3. Jure Romano transactio fit pacto *l. 2. 15. ff. l. 28. C. de transact.* contractu innominato *l. 6. 33. C. eod.* & stipulatione, & quidem vel simplici *d. l. 6. 33.* vel aquiliana & acceptilatione *l. 4. 15. 32. C. l. 5. 6. ff. eod.* Sed hodie illis tricis non utimur, verum, ex solo consensu serio, essentia & vis transactionis dependet. Probationis gratia, accedit Scriptura *l. 5. 28. C. de transact.* pro qua tamdiu præsumtio est, donec probetur contrarium *l. 21. C. eod.* Invaluere autem transactiones ad evitan-

tandas molestias dubiumque litis eventum *v. l. 51. de pecul. l. 21. de R. C. c. f. X. de transact. c. 5. X. de dol. c. 1. de appell. in 6.* CARPZOV. *p. 1. C. 1. D. 9. seqq.* LAUTERB. *C. J. de transact. lit. C.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 67. 68.*

§. 4. Qui suo nomine transigere vult, is debet habere (1.) jus, de quo transigendum (2.) libertatem de eo disponendi *v. l. 6. ff. l. 27. C. transact.* quæ quidem regulariter præsumuntur, ut non opus sit, prolixum eorum, qui transigere queant, conficere catalogum. Illud non requiritur, ut totius rei arbitrium penes transigentem sit, sed sufficit, si jus, de quo transigendum, ad eum spectet, hinc Vasallus, de feudo, ita quoque transigere potest, ut illud alteri concedat, nam feudum non alienat, sed jus dubium saltem remittit, quod ejus arbitrio subest. Cessionarium, de jure cesso, transigere posse, dubium non est *v. l. 13. §. 1. de pact. l. 55. de procur. l. 17. §. f. de jurejur.*

§. 5. Qui alieno nomine transigunt, imperium in eum, cujus nomine transigendum, vel ejus consensum habere debent. Illius exemplum est in Patre, qui de bonis liberorum adventitiis, etiam sine decreto judicis, transigit, accedente tamen liberorum adultorum consensu *l. 8. §. 3. seqq. C. de bon. quæ liber.* Hujus vero (1.) in procuratoribus specialiter ad hoc datis vel generalibus, modo utilitas domini hoc svadeat *l. 17. §. f. de jurejur. l. 12. de pact. l. 58. de procur.* procuratores vero ad lites vel certa negotia dati, non transigunt *l. 7. C. de transact. l. 13. de pact. l. 60. de procur.* (2.) in Syndicis aliisque administratoribus *l. 12. C. de transact.* (3.) in tutoribus & curatoribus *l. 54. §. f. l. 56. §. 4. de furt. l. 46. §. f. de admin. tutor. l. 35. pr. de jurejur.* accedente nonnunquam judicis decreto *l. 22. C. de admin. tutor. l. 4. C. de præd. minor. v* LAUTERB. *C. J. de transact. lit. S.*

§. 6. Materia transactionis sunt jura dubia, vel propter litem imminentem, vel aliam caussam *l. 2. 11. C. l. 8. §. 23. ff. de transact.* quæ vero certa sunt, ut ea, quæ per sententiam vel jusjurandum decisa sunt, in pactum, non transactionem deducuntur *l. 1. 11. ff. l. 32. C. de transact. l. 23. §. 1. de condict. indeb.* Sed hodie illa accuratio vix observatur. De cætero requiritur, ut transacturus, de juribus illis disponendi, habeat arbitrium, quod regulariter quidem præsumitur, donec restrictio probetur. Porro transactio inita, etiam valida dicenda est, donec aliqua invaliditatis caussa appareat.

§. 7. Juxta hæc igitur non omnia, sed dubia saltem transactionum exempla considerari debent. Sic in causis matrimonialibus, transactio affirmativa, seu pro matrimonio, regulariter saltem valet, negativa verò, sive contra matrimonium, est invalida, nisi fiat autoritate judicis, maxime si promissio matrimonii sit valde dubia *c. f. de X. transact.* CARPZ. *J. E. l. 2. D. 233. l. 3. D. 39. seqq.* Sed posterior doctrinæ pars fluit ex hypothesi, nondum ad liquidum deducta, quod ex sponsalibus oriatur vinculum indissolubile, qua de re alibi agendum.

§. 8. Valida quoque non est transactio super causa controversa ex ultimis voluntatibus, quarum tenor nondum est cognitus *l. 6. de transact. l. 1. §. 1. testam. quemad. aper.* censetur enim transigens, repræsentata pecunia, esse inductus. Ex quo liquet, transactionem non esse invalidam, ob legis prohibitionem, sed defectum consensus à lege præsumtum. Licet igitur simplici renunciatione illi valor non concilietur, cum & ad hanc, repræsentata pecunia, quis induci queat, ob juratam tamen renunciationem, etiam de jure civili, transactio valere videtur, jurans enim nihil inconsiderate ac præcipitanter, egisse, merito regulariter præsumitur.

§. 9. De alimentis futuris, ultima voluntate relictis, itidem valide non transigitur *l. 8. ff. l. 8. C. de transact.* ob eandem rationem, quod scilicet transigens, repræsentata pecunia, censeatur inductus, hinc quæ de renunciatione & juramento, modo diximus, huc etiam pertinent. Valet quoque transactio, quæ fit autoritate Magistratus, vel, hac etiam remota, causam alimentorum facit meliorem *l. 8. pr. §. 6. 24. de transact.* de præteritis quoque alimentis recte transigitur *l. 8. C. eod.* Denique tam controversiæ testamentariæ, quam alimenta futura, pacto gratuito valide remittuntur, nam omnibus hisce casibus cessat causa invaliditatis, inductionis scilicet vel deceptionis præsumtio *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 69. 70.*

§. 10. De delictis commissis, quoad *damni restitutionem*, & *pœnam privatam*, valide transigitur, subsunt enim hæc privato arbitrio, nec major, quoad ea, dubitandi ratio occurrit, quam quoad jura, ex conventionibus dependentia. Quoad *pœnam* vero *publicam*, naturaliter etiam licita videtur transactio, adeo ut neque in delictum incidat, neque confessionem delicti involvat, nam leges divinæ tam rigide non obli-

obligant, ut delinquentes præcise puniendi sint, præterea, tali transactione, delinquentes pœnæ non simpliciter subtrahuntur, cum ab alio accusari, vel ex officio, à Magistratu, puniri queant.

§. 11. Jure Romano transactio licita est, quoad *delicta publica, quorum pœna est ultimum supplicium*, ante & post accusationem institutam, adeo, ut nec actor in pœnam incidat, nec reus crimen confiteri censeatur *l. 18. C. de transact. l. 1. de bon. cor. qui ante sent. l. fin. de prævar.* In eo vero hujus rei disquisitio ferè subsistit: *an transactio extra crimen, & criminis confessionem sit?* nam de *ea implenda* forte non facile quæritur, cum conventionem impletio statim sequi soleat. Aliis etiam transactio non obest, hinc reus, vel ab alio accusari, vel ex officio, à Magistratu, puniri potest *v. l. 5. §. f. ad L. Jul. de vi publ.* pœna etiam ordinariâ, in iis delictis, quorum pœna, à satisfactione privata, non dependet *v.* CARPZ. *p. 4. C. 13. D. 10. & p. 3. qu. 148. p. 2. qu. 71. n. 31.*

§. 12. Quoad *delicta publica, quæ morte non puniuntur*, transactio licita non est, sed transigens actor, in crimen falsi incidit *l. 18. C. de transact.* ac reus pro confesso habetur *l. fin. de prævar.* sed illa sanctio, quoad reum inprimis, nimis rigida est; suspectum quidem eum facere potest transactio, sed, æqua æstimatione, non confessum, hinc hodie, de his etiam delictis, impune transigi posse, aliqui censent *v.* STRUV. *S. J. C. exerc. 6. §. 62.*

§. 13. Denique, quoad *delicta privata*, valet transactio, cum de damno restituendo, & pœna privata, hic saltem quæstio sit *l. 17. §. 1. de pact. l. 54. §. f. l. 56. §. 4. ff. l. 13. C. de furt.* reus tamen, tanquam confessus & condemnatus, in delictis famosis, infamia notatur *l. 4. §. f. l. 5. seqq. de his qui not. infam.* quæ sanctio itidem quodammodo inhumana est. De criminalibus vero persecutionibus, nec in hisce delictis, transigere licet *l. 7. §. 1. de SCt. Turpill. l. fin. de prævaric.* LAUTERB. *C. J. de transact. lit. O.* nam ad mortis supplicium illæ nunquam ascendunt. Hodie cum delicta privata, sint publica, & nonnunquam etiam capitalia, hinc præcedens distinctio & doctrina, iis applicari debet *conf.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 71. 72.*

§. 14. Transactio legitime inita, ad exemplum aliarum conventionum, valida est *l. 20. C. de transact.* hinc nec unius pœnitentia *l. 39. C. eod.*

C. eod. nec imperiali rescripto rescindi potest *l. 16. C. eod.* Porro obligat transigentes ad consummationem. Quodsi adeo, contra transactionem, actio vetus instituatur, *exceptione* transactionis, illa excluditur, modo tamen excipiens, à sua parte, conventionem impleverit, vel implere paratus sit, alias exceptio, replicatione repellitur, atque ita mutuo dissensu, à transactione receditur *l. 28. C. de transact. l. fin. C. si advers. transact. l. 27. de inoff. testam.*

§. 15. Datur etiam ex transactione *actio*, & quidem vel *præscriptis verbis*, vel *ex stipulatu l. 6. 33. C. de transact.* sed hodie *condictio ex moribus* dici potest, quia nihil, nisi consensus, ad validitatem transactionis requiritur *v.* CARPZ. *5. Resp. 7.* De cætero eo tendit actio, ut vel promissum præstetur, vel, cunctante debitore, interesse vel pœna exigatur *l. 37. 40. C. de transact. l. 4. §. 7. de dol. mal. except.* aliquando tamen & promissum & pœna simul exigitur, si hoc actum sit *l. 16. ff. l. 17. C. de transact.* Si major, à transactione jurata, resiliat, tum pœnam promissam præstat, accepta restituit, agere non potest & infamia notatur *l. 41. C. de transact. v.* CARPZ. *1. qu. 46. n. 19.* RICHTER *p. 1. Dec. 33.* LAUTERB. *C. J. de transact. lit. E.*

§. 16. Transactio valida *rescinditur* mutuo dissensu, qui vel directe datur, vel alterius partis perfidiam sequitur *l. 14. C. de transact.* Sed *fieri impeditur* ob metum *l. 13. C. eod.* dolum *l. 4. C. eod.* qui in specie committitur, si falsa instrumenta subjiciantur *l. 19. p. C. eod.* aut si quis debitum, cum nullum subesset, callide commentus sit *l. 65. §. 1. in fin. de condict. indeb. v.* BERLICH *p. 1. Dec. 263.* Denique impeditur etiam ob errorem efficacem, qui committitur in iis, quæ ad negotium pertinent; Error verò concomitans, qui in iis, quæ extra negotium sunt, occurrit, transactionem non vitiat *v. l. 29. C. eod.*

§. 17. Sed applicatio hujus distinctionis, non usque adeo est liquida, cum enim transactio fiat de re dubia, ideo ejus natura quodammodo requirit aliquam ignorantiam vel errorem, hinc sæpe non liquet, an error eam vitiet, vel cum ea consistat, quare interpretationi usuali vel legali multum hic erit tribuendum. Exemplis res fiet clarior: Instrumentorum, ex quibus transigitur, *veritas*, vel *authentia*, velut necessarium requisitum, præsupponitur, hinc error circa eam commissus, vitiat transactionem, licet alter dolose falsa instrumenta non subjecerit *l. p. C. de transact. arg. t. t. C. si ex fals. instrum.*

§. 18. E

§. 18. E contrario omnium instrumentorum *præsentia* non requiritur, licet adeo quis hactenus erraverit, ac omnia instrumenta adesse crediderit, tamen prætextu instrumentorum noviter repertorum, transactionem impugnare nequit *l. 19. C. de transact. l. 4. C. de re jud.* aliud obtinet in causa publica *l. 35. de re judic. v.* CARPZ. *r. Rsp 7.* Ita error circa unam alteramve rem, vel etiam rei qualitatem commissus, innoxius est *l. 29. C. de transact.*

§. 19. Illud controversum est, an error, circa rerum æqualitatem commissus, negligi debeat, adeo ut ne quidem, ob enormem læsionem, transactio queat impugnari? Sic putant nonnulli per *l. 19. 23. C. de transact. l. 56. de re judic. l. 78. §. fin. ad SCt. Trebell. l. 65. §. 1. de condict. indeb. l. 6. de jur. & fact. ignor. v.* LAUTERB. *C. J. de transact. lit. y.* Sed videtur distingvendum, utrum *de inæqualitate majori, partes cogitaverint*, an saltem *simpliciter transegerint*, illo casu transactio improbari nequit, bene vero hoc. Atque secundum hanc distinctionem, jus civile, commode accipi potest *v.* CARPZ. *p. 2. C. 34. D. 1.* RICHTER *p. 2. Dec. 99. n. 54. seqq.* eaque in Electoratu Saxoniæ *p. 2. C. 34.* confirmata est *conf.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 73. 74.*

CAPUT XVI.
DE RELIQUIS TOLLENDARUM OBLIGATIONUM MODIS.

SUMMARIA.

Ad modos tollendi obligationes pertinet remissio §. 1.
Sub qua continetur mutuus dissensus §. 2. 3.
Et condonatio §. 4.
Cujus species est acceptilatio §. 5.
Ejus subjectum §. 6.
Objectum §. 7. Effectus §. 8.
Et usus hodiernus §. 9.
Ad modos tollendi porro spectat confusio §. 10.
Ejus effectus §. 11.
Et species dubia §. 12.
Huc etiam referuntur rei interitus, lapsus temporis, existentia conditionis §. 13.
Mutata personarum conditio, mors §. 14.
Concursus duarum lucrativarum causarum, præscriptio aliique modi §. 15.
Capitis diminutio, confiscatio & cessio mutant saltem personas §. 16.

§. 1.

IN hunc censum referri potest (I.) *Remissio*, qua *obligationes constitutæ tolluntur.* Solutio & Compensatio negotium consummat, Novatio mutat, Remissio destruit. Refertur autem hæc, vel ad *obligationes reciprocas* vel *unilaterales*,

quæ ſcilicet vel ab initio tales ſunt, ut in donatione, vel, uno ſuum præſtante, remanent, ut v. gr. in emtione, à venditore conſummata.

§. 2. Prior remiſſio, dicitur *mutuus diſſenſus*, vel *contraria voluntas* aut etiam *nuda conventio v. §. fin. I. quib. mod. oblig. toll. l. 3. l. 5. §. 1. de reſcind. vendit. l. 58. de pact.* Et eſt *actus*, *quo negotia reciproca conſenſualia, & inde ortæ obligationes, re integra vel in priſtinum ſtatum reſtituta, diſſolvuntur.* Cum autem hodie omnes contractus ſint tantum conſenſuales, hinc patet, quod modi hujus uſus latius ſe extendat, quam de jure civili *v. l. 80. de ſolut. l. 35. de R. J.* Debet autem res eſſe integra vel in priſtinum ſtatum reſtituta *l. 58. de pact. l. 1. 2. C. quand. ab emt. reced.* nam alias non diſſolvitur obligatio, ſed potius nova conventio obligatoria initur, quæ hodie tamen actionem etiam producit. Illud nihil refert, ſive mutuo diſſenſu obligationes ipſo jure tolli, ſive inde exceptionem oriri dicas.

§. 3. Unius diſſenſu obligationes non ſolvuntur *l. 5. C. de O. & A. l. 3. C. de reſcind. vendit.* licet diſſentiens duplum offerat *l. 6. C. eod.* ſed poteſt ille, ad implendum promiſſum, cogi. Aliquando tamen alter diſſenſum acceptat, quo ipſo adeo, ex poſtfacto mutuus diſſenſus exiſtit & negotium reſolvitur. Nonnunquam negotii natura permittit, ut unius voluntate id poſſit reſcindi *v. l. 15. 22. §. fin. mand. l. 14. pro ſoc.* quo caſu alter diſſenſum admittere tenetur.

§. 4. Poſterior remiſſio dici poteſt *Condonatio*, ac, de jure Romano, ſub ſe comprehendit *pactum de non petendo* & *acceptilationem.* Illud eſt *conventio, qua debitori obligatio ita remittitur ut non ipſo jure liberetur, ſed exceptionem inde conſequatur v. l. 27. §. 2. de pact.* quædam tamen obligationes, per ejusmodi pactum, ipſo jure tolluntur *l. 17. §. 1. l. 27. §. 3. de pact. l. 95. §. 4. de ſolut.* De cætero initur tale pactum vel pure, vel ſub conditione, & aliquando quidem ſub conditione jurisjurandi, ex quo oritur exceptio jurisjurandi *§. 4. I. de except. l. 9. §. 1. de jurejur.* Poteſt etiam, ad effectum exceptionis, legato obligatio remitti *l. 3. §. 3. de liber. legat.* quod eſt inſtar pacti.

§. 5. Acceptilatio eſt *actus, quo debitori roganti, verborum obligatio, à creditore, per congruam reſponſionem, remittitur v. l. 1. de acceptil.* Requirit adeo *conſenſum*, & *verba oretenus prolata l. 6. 8. §. 3. de acceptil. l. 1. C. eod.* hinc eſt ſpecies ſtipulationis *l. 27. §. 2. de pact.*

nam

nam verba solennia, cum consensu obligatoria vel liberatorio, spectata, stipulationem efficiunt *v. l. 5. §. 1. de V. O.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 1184.* Propter verba solennia, acceptilatio quoque dicitur juris civilis *v. l. 1. locat.* licet, si consensum, vel ejus usum spectes, etiam juris gentium esse dicatur *l. 8. §. fin. de accept.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 1185.* ob eandem causam, actibus legitimis annumerari videtur *l. 77. de R. J.*

§. 6. Acceptum rogant debitores ipsi, licet rerum suarum liberam administrationem non habeant *l. 2. de acceptil.* faciunt enim conditionem meliorem *v. l. 11. pr. eod.* modo verba eloqui possint; Per tutorem verò vel procuratorem rogatio illa fieri nequit, nisi per novationem obligatio antea in eos sit translata *l. 13. §. 10. de accept.* Ferunt acceptum creditores ipsi, modo liberam rerum suarum administrationem habeant, subest enim hic ratio contraria. Per alios acceptilatio fieri nequit, nisi, mediante novatione, creditores antea sint constituti *d. l. 13. §. 10. de accept.*

§. 7. Tollitur per acceptilationem obligatio verbis contracta *l. 8. §. 3. de acceptil.* Aliæ autem obligationes, mediante stipulatione aquiliana, in obligationes verbales, antea converti debent, quam per acceptilationem tollantur *§. 2. I. quib. mod. toll. oblig. l. 18. de accept.* de cætero pura & conditionalis, vel in diem concepta obligatio, acceptilatione tollitur, est tamen hæc in pendenti, donec dies vel conditio extiterit *l. 12. de acceptil.* Ipsa vero acceptilatio diem vel conditionem non recipit *l. 77. de R. J. l. 4. 5. de acceptil.* nisi per indirectum, ceu jam indicatum est ex *l. 12. de accept. v. l. 195. de R. J.*

§. 8. Tollit acceptilatio obligationem ipso jure *l. 5. ff. l. 2. 3. C. de accept. l. 7. §. 1. de liberat. leg. §. 1. I. quib. mod. oblig. toll.* Inutilis vero acceptilatio, est instar pacti, & parit exceptionem *l. 8. pr. de accept.* nam in actibus liberatoriis, hæc interpretatio admissa est, non verò in obligatoriis *v. l. 1. §. 1. 2. de V. O. l. 1. §. 4. de constit. pecun. l. 47. de O. & A.* Non tamen quævis acceptilatio inutilis, pactum utile est, sed illa solum, cui requisita civilia desunt, v. gr. si sub conditione acceptilatio facta *v. l. 41. de pact.* aut alia, quam verbalis, obligatio per eam remissa *l. 19. de acceptil.* si vero consensus deficiat, tum effectum pacti illa non habet *l. 8. pr. de accept.*

§. 9. Ita de jure civili. Verum hodie acceptilatio solo consensu peragitur *v.* CARPZ. *p. 2. D. 19. C. 17.* Hinc est otiosa disputatio, an sit stipulatio, an juris civilis, an actus legitimus? Potest acceptum rogari & ferri, etiam per alios, remotis novationum ambagibus. Quævis obligatio, sine prævio stipulationis aquilianæ carmine, per acceptilationem, tollitur; recipit quoque hæc diem & conditionem: Liberatio vero, quæ fiat ipso jure, nec hic, nec alibi, alicujus hodie est effectus, hinc illa etiam quæstio, an acceptilatio inutilis, habeat vim pacti? cessat. Breviter: pactum de non petendo, & acceptilatio, hodie coincidunt *conf.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 1183.*

§. 10. Pertinet huc (II.) *Confusio* quæ est *juris eique respondentis obligationis extinctio, ex utriusque, in eandem personam, concursu, resultans.* Hunc tollendi modum, esse maxime naturalem, facile liquet, nam si aliqua obligatio, mei causa, unice sit constituta, illa amplius durare nequit, si locum debitoris quoque subeam, cum enim ita, pro lubitu, eam tollere queam, in effectu illa jam est sublata: Oritur autem Confusio ex successione, dum vel creditor debitoris, vel hic illius hæres efficitur *v. l. 95. §. 2. de solut.*

§. 11. Est tamen confusionis non alius effectus, quam quod tollat *solvendi necessitatem*, sed *ipsum commodum* non aufert, hinc si creditor debitori succedat, à se ipso quidem exigere nequit, rem debitam tamen consequitur *l. 6. 8. C. ad L. Falcid.* Ob concursum aliorum creditorum, confusio quandoque impeditur per *confectionem inventarii*, quo casu creditor succedens eo certius suum consequitur *l. fin. § 9. C. de jur. delib.* Quod si inventarium confectum non sit, tum interest, utrum hæreditas sit solvendo, nec ne: illo casu creditor, non obstante confusione, suum itidem consequitur, hoc verò si damnum sentiat, id non tam à confusione, quam à neglecto inventario dependet *l. fin. §. 14. C. de jur. delib. Nov. 1. c. 2.* hodie tamen *jurata specificatione* facilè evitatur CARPZOV. *p. 3. C. 33. D. 18.* Aliquando confusio facta rescinditur *l. 2. §. 18. 19. de H. & A. V. l. 18. de serv. l. 9. comm. præd.*

§. 12. Ex sententia Romanorum fit etiam confusio, si duæ obligationes diversi generis, v. gr. principalis & fidejussoria, in eadem persona concurrant *l. 21. §. 2. de fidejussor. l. 92. §. 2. de solut.* quod tamen

eo

eo saltem casu procedit, si altera obligatio non sit plenior *l. 91. §. 3. de solut. v.* CARPZ. *p. 2. C. 18. D. 13.* Verum uti illa sententia non omnibus placuit *v. l. 93. §. 3. de solut.* ita solido etiam fundamento non nititur, nam duæ obligationes, in eadem persona concurrentes, bene consistere possunt, quod in obligationibus ejusdem generis, ipsi etiam Romani agnoverunt *l. 21. §. 1. de fidejuss. l. 13. de duob. reis* conf. OBSERV. LAUTERB. *Obs. 1189. 1190.*

§. 13. (III.) *Rei interitus*, si scilicet species debeatur, eaque sine culpa & mora debitoris perierit *l. 23. 82. §. 1. l. 83. §. 7. de V. O. l. 11. C. si cert. petat.* id quod ex consensu contrahentium dependet, adeoque naturale est, nam ultra rei durationem, obligatio non est constituta (IV.) *Lapsus temporis*, quod itidem ex consensu venit, nec subtilitatis Romanæ, qua ipso jure obligatio tolli negatur *l. 56. §. 4. de V. O. l. 44. §. 1. de O. & A.* hodie aliquis est usus (V.) *Existentia conditionis*, ad quam obligatio contracta, v. gr. dabo, donec uxorem duxeris *v. §. 2. I. quib. mod. tutel. fin.* cujus eadem est ratio, quæ temporis elapsi.

§. 14. Ob eandem causam, nempe consensum, obligationes tollit (VI.) *mutata personarum conditio*, hac enim sublata, obligationes, quæ eam præsupponebant, necessario evanescunt *v. l. fin. de instit. action.* CARPZ. *p. 2. C. 20. D. 14.* (VII.) *Mors*, si intuitu personarum, obligationes constitutæ sint ut in societate *l. 4. §. 1. l. 52. §. 9. l. 63. §. fin. pro soc.* mandato *l. 26. 57. mandat.* tutela *l. 16. §. 1. de tutel.* aliisque negotiis & muneribus personalibus *v. l. 1. de muner. & honor.* Obligationes quoque ex delictis ortæ, aliquando delinquentis, quandoque etiam læsi morte extingvuntur, de quo *l. 1. c. 11. §. 25. seqq.* explicatius actum.

§. 15. Solvit quoque obligationes (VIII.) *Concursus duarum causarum lucrativarum*, isto enim altera obligatio tollitur *l. 17. de O. & A. l. 83. §. 6. de V. O. l. 61. de solut. §. 6. I. de legat.* sed hic modus meri juris Romani est nec valida ratione nititur *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 934.* (IX.) *Præscriptio* quæ itidem vim suam habet ex jure positivo. Eam in genere explicavimus *l. 2. c. 9. §. 32. seqq.* ejus vero usum, in multis exemplis, hinc inde jam vidimus. Denique huc referri possunt (X.) *omnes modi*, quibus jura legatorum, similiaque, vel voluntate privatorum, vel autoritate legis positivæ tolluntur, de quibus alibi dicendum erit.

§. 16. Solet etiam in hunc censum referri (1.) *Capitis diminutio maxima & media*, verum hæc non tollit jura & obligationes, sed solum personam creditoris & debitoris mutat *v. l. 2. de cap. minut.* Idem dicendum (2.) de *Confiscatione* quæ itidem jurium & obligationum subjecta saltem migrat *v. l. 51. §. f. de fidejuss. l. 2. C. ad L. Jul. de vi publ. l. 3. C. de fidejuss.* nec non (3.) de *Cessione*, nam hæc jura *v. l. 4. 9. C. de procur.* & aliquando etiam obligationes *v. l. 42. §. 2. de procur. l. 66. §. 2. de evict. l. fin. §. 2. de condict. indebit.* in alium saltem transfert.

CAPUT XVII.

DE CONDICTIONE INDEBITI.

SUMMARIA.

Condictio indebiti §. 1.
Ex quasi contractu vulgò repetitur §. 2.
Sed descendit ex ipsa rei acceptione §. 3.
Ad eam requiritur datio §. 4.
Ac sufficit civilis §. 5.
Indebiti diversitas §. 6. 7.
Absolute indebitum repetitur, cujus varia sunt exempla §. 8. 9. 10. 11. 12.
Civiliter indebiti non est repetitio §. 13.
Vinculo naturali eam impediente §. 14.
Injuste absolutus solutum ex errore repetit §. 15.
Fidejussor solidum ex errore solvens repetere nequit §. 16.
Hæredibus fidejussorum quatenus repetitio competat §. 17. 18.
Ad condictionem indebiti requiritur error facti §. 19.
Aliquando etiam scientes solutum repetunt §. 20.
Error juris condictionem excludit §. 21.
Quibusdam tamen personis non nocet §. 22.
In genere autem pro innoxio male habetur §. 23.
Error facti voluntarius, nec non involuntarius sed concomitans repetitionem impedit §. 24. 25.
Opinio accipientis jus repetendi non tollit §. 26.
Dubitatio solventis aliquando nocet aliquando est innoxia §. 27. 28. 29.
Solutione erronea censetur transferri dominium §. 30.
Quod ratione tertii intelligendum §. 31.
Probatio solutionis & indebiti §. 32. 33.
Nec non erroris, à quo facienda §. 34.
Probationis modus §. 35.
Competit condictio solventibus aut iis quorum nomine solutum §. 36. 37.
Adversus accipientes & delegantes §. 38.
Ad repetendas res solutas, tam corporales quam incorporales, sed ultimum minus recte dicitur §. 39. 40.
Repetitur vel species vel quantitas etiam cum usuris §. 41.
Si res alternative debitæ solvantur, cujus arbitrio repetitio fiat §. 42. 43.
Condictionem indebiti excludit obligatio & consensus §. 44.

§. 1. Ac-

§. 1.



ACcidit aliquando, ut debitum, quod quis subesse falso existimat, distracturus, alteri rem indebitam præstet aut relinquat, vel etiam plus, quam debebat, per errorem solvat. Ad solutum igitur repetendum, prodita est *Condictio indebiti*, quæ nullibi rectius, quam hoc loco proponitur. In genere quidem omnis condictio, qua rem datam, ab altero repetimus, *indebiti condictio*, dici potest, sed in specie illa, hoc nomen accepit, quæ erroneam solutionem similemve liberationem præsupponit. Est igitur *actio personalis, qua quis repetit indebitum, per errorem alteri solutum vel relictum.*

§. 2. Est hæc actio, *perpetua arg. l. 3. 4. C. de præscript 30. vel 40. ann. v. l. 15. §. 1. de condict. indeb.* dicitur etiam *stricti juris*, cujus denominationis hodie nullus usus est, quemadmodum etiam divisio in *condictionem certi* & *incerti l. 40. §. 1. de condict. indeb. l. 12. de novat.* frustra hodie inculcatur. Fundamentum ejus est *solutio indebiti* quæ dicitur *quasi contractus, quo is, qui indebitum, per errorem solutum accepit, ad ejus restitutionem obligatur §. 6. I. de obligat. quæ quas. ex contract. l. 5. §. 3. de O. & A.* Censetur etiam ille subesse, quamvis interdum verbis disertis restituendi necessitas sit constituta *arg. l. 3. C. de fidejussor. l. 3. de Legat. 1. l. 56. pr. mand. v.* LAUTERB. *C. J. de condict. indeb. lit. C.*

§. 3. Seduti hoc ultimum, contradictorium videtur, nisi forte in eum sensum: *obligationem restituendi subesse, licet conventio specialis non sit interposita*, accipiendum est, ita commento quasi contractus hic plane non indigemus, sed illud potius solidam cognitionem impedit. Sola rei acceptio, accipientem, ad ejus restitutionem, obligat, ut non sit opus, illius consensum vel præsumere vel fingere: utique enim accipiens, qui jus ratione rei non habuit, & cui dans eam non donavit, ad illam reddendam, per jus naturale obligatur. Tria ergo, ad fundandam condictionem, requiruntur, ut (1.) detur (2.) indebitum (3.) per errorem tanquam debitum *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 359. 360.*

§. 4. Primo requiritur *datio*, qua res in alterum transfertur, & nihil

nihil refert, quale jus accipiens inde consequatur, sufficit enim, quod rem reddere possit & debeat, ut non opus sit, cum Romanis tricari, ac juris in accipiente diversitatem, non alio fine observare *v. l. 12. 15. §. 1. l. 22. 33. 40. §. 1. l. 53. de condict. indeb.* quam ut condictio nunc *certi*, nunc *incerti* dicatur *v.* LAUTERB. *C. J. de condict. indeb. lit. R. n. 1.* nam illa carmina hodie non valent. Quodsi res, per errorem, saltem *promissa* sit, tum conventus exceptionem opponit, ac chirographum datum quoque interim condicit *l. 31. ff. l. 2. 3. 4. C. de condict. indeb. l. 6. C. de jur. & fact. ign.* si vero causa, ob quam chirographum datum, non secuta, vel sublata sit, condictione sine causa illud repetitur *l. 2. 4. C. de condict. ex leg.*

§. 5. Si quis per errorem debitum alteri *remiserit*, censetur quoque aliquid dedisse, adeoque condictione indebiti potest id repetere *arg. l. 4. 10. de condict. caus. dat. caus. non sec. l. 115. de R. J.* Sed satius forte erit, propria & antiqua actione illud exigere, ac oppositam liberationis exceptionem, replicatione erroris diluere. Si per errorem quis se pro alio *delegari* patiatur, creditori quidem solvere tenetur, quia vero ita, in effectu, debitori indebite aliquid præstitit, hinc ab eo solutum condicit *l. 12. 13. de novat. l. 2. C. de condict. indeb. v. c. 14. §. 10.*

§. 6. Secundo requiritur *indebitum*, hoc solet distingvi in indebitum *simpliciter*, quod nullo jure, neque naturali, neque civili, neque à solvente, neque accipienti debetur, & *secundum quid;* Hoc ita dicitur vel ratione *hominis*, quod quidem jure debetur, sed non ei, cui solvitur, aut non ab eo, qui solvit; vel ratione *juris*, quod certo aliquo jure non, alio verò debetur: hoc iterum triplex est, vel enim debetur jure naturali perfecto, sed non jure civili; vel debetur jure naturali imperfecto, sed itidem jure civili non debetur: vel debetur jure civili stricto, sed naturaliter indebitum est *v.* LAUTERB. *C. J. de condict. indeb. lit. R. n. 3.*

§. 7. Sed non opus est tanto specierum apparatu: Indebitum ratione hominis, est absolute indebitum, licet enim vel ratione solventis, vel accipientis, debitum aliquod subsit, attamen, inter solventem & accipientem, nullum plane occurrit, de his vero saltem quæritur. Idem dicendum de eo, quod jure naturali imperfecto, vel stricto

jure

jure civili tantum debetur, hoc enim, pro absolute indebito, meritò habetur, cum illorum vinculorum nullus plane sit effectus. Ergo sufficiunt duæ species, *indebitum simpliciter tale*, quod neque jure naturali, neque civili efficaciter, & *indebitum civile*, quod perfecto, quidem jure naturali, sed non civili debetur.

§. 8. Absolute indebitum, cæteris paribus, repetitur *l. 7. de condict. indeb.* Tale est (1.) quod sine ullo aliquo titulo, alicui solvitur (2.) quod, occasione rei debitæ, dum solvens in calculo vel numeratione errat, præstatur, quod utrumque exemplum etiam extra dubium est positum (3.) quod pupillus, ex promissione, sine tutore inita, solvit *l. 41. de condict. indeb.* nam obligatio naturalis, quatenus pupillo nocet, imperio civili impeditur (4.) quod ex testament imperfecto *l. 7. C. de condict. indeb.* aut (5.) ultra dodrantem solvitur *l. 9. C. ad L. Falcid. l. 21. 68. §. 1. ad SCt. Trebell §. 7. in med. I. de fideicom. hæred.* nam hic quoque lex civilis naturalem obligationem impedit, quæ verior omninò est sententia.

§. 9. Eo etiam pertinet (6.) debitum sub conditione, vel die incerto contractum *l. 16. 18. 56. de condict. indeb. l. 213. de V. S. l. 75. de condit. & demonstr. v. l. 1. §. 2. eod. l. 4. pr. quand. dies legat. ced.* Quod vero (7.) sub die certo debetur, illud indebitum non esse putatur, hinc ante diem solutum repeti nequit *l. 10. 17. de condict. indeb.* nec usuræ, ob festinatam solutionem, exigi possunt *arg. l. 1. C. de condict. indeb. l. 26. pr. C. de usur. l. 49. §. 1. de A. E. V. v.* LAUTERB. *C. J. de condict. indeb. lit. R. n. 3.*

§. 10. Licet enim, ante diem, nihil debeatur, attamen, cum, cessante obligatione principali, usuræ seorsim peti, præterea, ne quidem, rei indebitæ intuitu, exigi queant, ideo, debito ante diem soluto, earum exactio quoque cessat. Sed cum hodie, usuræ seorsim peti, ac, in omnibus negotiis, ob moram similemque causam, exigi possint *v. l. 4. c. 21. §. 24. 30.* hinc plane arbitror, solutum ante diem, hodie vel posse repeti, vel ejus usuras minimum exigi.

§. 11. In hunc censum referendum (8.) quod solvens non debet accipienti, utut ille alii, vel huic alius tantundem debeat, hoc enim ad rem non pertinet, hinc tale indebitum repetitur *l. 65. §. f. de condict. indeb.* nisi quis, nomine veri debitoris, creditori solverit *l. 39. de N. G.*

l. 23. de solut. l. 44. de condict. indeb. v. Carpz. *p. 2. C. 24. D. 10.* (9.) Circa quod obligatio imperfecta, v. gr. ad antidora, occurrit, hoc enim, per errorem solutum, etiam repetitur *v. l. 25. §. 11. de hæred. petit. v.* Zoes. *de condict. indeb. n. 8.* Idem dicendum (10.) de eo, quod ex obligatione naturali improbata vel neglecta, debetur, v. gr. à muliere intercedente *l. 40. pr. de condict. indeb. l. 16. §. 1. ff. l. 9. C. ad SCt. Vellejan.*

§. 12. Denique huc referendum (11.) quod stricto jure civili deberi dicitur, quale est promissum vi extortum, vel spe futuræ numerationis initum, aut debitum pacto puro, vel sub conditione jurisjurandi inito, remissum, hoc etiam errore solutum repetitur *l. 32. §. 1. l. 43. l. 26. §. 3. l. 47. l. 66. de condict. indeb. l. 29. §. 5. mand.* Huc vero (12.) non pertinet, quod, ex judicis sententia, licet iniqua, debetur, hoc enim, ex legis præsumtione, non tantum civiliter, sed & naturaliter debetur, adeoque ex errore solutum non repetitur *v. l. 25. de stat. hom. l. 65. §. 2. ad SCt. Trebell. l. 29. §. 5. mand. l. 36. fam. erci∫c. l. 1. C. de condict. indeb.*

§. 13. Indebitum civile *v. §. 7.* non repetitur *v. l. 15. 19. pr. l. 26. §. 12, l. 64. 66. de condict. indeb. l. 10. de O. & A. l. 16. §. 4. de fidejuss. l. 3. C. de usur.* Tale est (1.) quod ex pacto nudo debetur *l. 5. §. 2. de solut.* sed hoc exemplum hodie non amplius occurrit, cum id non tantum naturaliter, sed & civiliter debeatur (2.) quod filiusfam. ex mutuo debet *l. 9. §. 4. 5. l. 10. de SCt. Maced. l. 40. pr. de condict. indeb.* hoc enim solutum repeti nequit, licet à filiofam. exigi nequeat, etiamsi sui juris factus, per ignorantiam facti, id expromiserit *l. fin. de SCt. Macedon.* (3.) quod ex singulari pietate præstandum *l. 32. §. 2. de condict. indeb.* (4.) mutuum, quod pupillus, sine tutoris autoritate, accepit, ac pubes factus solvit *l. 13. §. 1. de condict. indeb. v. l. 59. de O. & A.*

§. 14. Videtur quidem illis exemplis generaliter obstare regula in *l. 26 §. 3. de condict. indeb.* tradita: *illud quoque, velut indebitum repeti, quod, per aliquam exceptionem perpetuam, peti non poterat.* Verum illa saltem pertinet ad eos casus, in quibus vel obligatio mere civilis, vel naturalis improbata, aut neglecta, suberat, in illis enim conventus opponit exceptionem, &, quod per errorem solvit, repetit: Aliud verò obtinet in casibus, ubi efficax obligatio naturalis subfuit, in

iis

iis enim conventus quidem etiam exceptionem valide objicit, ſed per errorem ſolutum non repetit, vinculo naturali repetitionem impediente *l. 40. pr. de condict. indeb.* conf. OBSERVAT. LAUTERB. *Obſ. 362.*

§. 15. Quodſi injuſta ſententia abſolutus, poſtea, ex alia cauſa erronea, ſolvat, ſolutum non poſſe repeti, ob obligationem naturalem, quæ, non obſtante abſolutione, adhuc ſubſit, aliqui cenſent ex *l. 60. pr. de condict. indeb. l. 8. §. 1. rem rat. hab.* ſed perperam, nam ibi agitur de eo, qui, anticipata ſolutione, beneficium rei judicatæ à ſe repulit, ex quo generalis doctrina male conficitur. Dicendum igitur eſt, quod abſolutus rem repetere poſſit, ob legis enim præſumtionem ille plane non eſt obligatus *v. §. 12. n. 12. h.* Quodſi autem abſolutus ſponte, i. e. ſciens rem judicatam, ejus intuitu, ſolverit, tum nihil repetit *l. 28. de condict. indeb.* non propter obligationem naturalem, ſed conſenſum *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obſ. 363.*

§. 16. Si ex duobus fidejuſſoribus, unus per errorem, omiſſa diviſionis exceptione, ſolidum ſolverit, à creditore nihil repetit *l. 26. 49. §. 1. in fin. de fidejuſſor.* id quod ab obligatione naturali dependere, aliqui cenſent *v.* LAUTERB. *C. J. de condict. indeb. lit. R. n. 3. verſ. fin.* Verum fidejuſſor non tantum naturaliter ſed & civiliter obligatur ad ſolidum ſolvendum, poteſt tamen, oppoſita diviſionis exceptione, ab illa obligatione, pro parte, liberari, hoc non facto, præſtat id, quod debet; negatio igitur repetitionis, nam tam ex obligatione naturali, quam mixta potius, eſt deducenda *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obſ. 364.*

§. 17. Aliter ſe res habet in unius fidejuſſoris pluribus hæredibus; Ex his, ſi unus per errorem, ſolidum ſolvat, à creditore repetit, quod ultra portionem ſuam, præſtitit *l. 49. §. 1. de fidejuſſor.* nam inter cohæredes ipſo jure diviſa eſt obligatio *l. 26. C. de pact. l. 6. C. fam. erciſc. v. l. 1. c. 8. §. 27. 28. 29.* Quodſi duo ſint fidejuſſores, & uno mortuo, ejus hæres ſolidum ſolvat, à creditore nihil repetere poteſt, nam inter ipſum, & alterum fidejuſſorem, ipſo jure obligatio non fuit diviſa, nec poteſt hæres, intuitu confidejuſſoris & creditoris, plus juris habere, quam ejus anteceſſor habuit *l. 49. §. 1. de fidejuſſor.*

§. 18. Quodſi duo fidejuſſores accepti fuerint, v. gr. in viginti, & alter ex duobus hæredibus, alterius fidejuſſoris defuncti, totum creditori exſolverit, decem ab eo repetere poteſt, hæc enim ipſo jure non

 debu-

debuit, sed illa pertinent ad onus cohæredis, quoad reliqua decem vero, quinque, quorum solvendorum necessitatem, objecta divisionis exceptione, alteri fidejussori imponere potuisset, non repetit, licet alter fidejussor sit solvendo, nam inter hæredes unius fidejussoris, & alterum fidejussorem, ipso jure obligatio non dividitur, hinc solvens, exceptione omissa, præstitit id, quod debuit *d. l. 49. §. 1. de fidejussor.*

§. 19. Tertiò requiritur *error facti v. §. 3. h.* quem solvens vel in causa debendi, vel in calculo commisit *l. 6. 7. C. de condict. indeb. l. 6. 10. C. de jur. & fact. ign. l. 9. C. ad L. Falcid.* Sciens ergo indebitum non repetit, cum donaverit *l. 1. §. 1. l. 24. 26. §. 3. l. 62. ff. l. 9. C. de condict. indeb. l. 9. C. ad L. Falcid. l. 53. de R. J.* etsi ea mente datum sit, ut repetatur *l. 50. de condict. indeb. l. 7. C. de condict. ob caus. dat.* nam voluntas, in animo retenta, nihil operatur *v. l. 25. C. de transact.* Requiritur tamen ut in accipiente sit animus acquirendi, quem ex postfacto etiam declarare potest, si forte intentionem dantis, ab initio non satis intellexerit *v. l. 18. de R. C.*

§. 20. Aliquando tamen etiam sciens repetit, si alia quam donationis conjectura capi queat v. gr. in debitore usuras immoderatas solvente, nec non in eo, qui in processu executivo indebitum solvere debuit, cum ejus exceptio esset illiquida, hoc enim in reconventione repetitur *v.* RIVIN. *ad O. P. S. tit. 6. enunc. 6.* Aut si solvens donare nequeat, qualis est pupullis, nam ex scientia, non aliter animus donandi colligi potest, quam si sciens habeat facultatem donandi, ac omnia liquido intelligat, libereque se, ad solvendum, determinet *vid.* LAUTERB. *C. J. de condict. indeb. lit. R. n. 4.* HARPRECHT. *Respons. Vol. 4. Resp. 77.*

§. 21. Qui in jure errat, similes est scienti & consentienti, debebat enim jus scire, hoc ergo dum sponte ignorat, in ea omnia, quæ ex illa ignorantia profluunt, censetur consentire *v. l. 48. pr. de fidejussor.* hinc errore juris solutum non condicitur, accipiens enim, ob tacitam donationem, illud recte retinet *l. 10. C. de jur. & fact. ignor. l. 9. C. ad L. Falcid. v.* LAUTERB. *C. J. d. l.* In nonnullis tamen ignorantia juris excusatur, adeoque animum donandi excludit, ac repetitioni locum facit.

§. 22. Eo pertinent pupilli similesque personæ *l. 29. de condict.* in-

indeb. l. 25. de minor. l. 2. C. si advers. solut. quamvis in his adhuc fortior ratio, à defectu facultatis donandi desumta, concurrat: Porro mulieribus jus ignorare licet, maxime quoad SCtum Vellejanum *l. 9. de jur. & fact. ignor. l. 9. C. ad SCt. Vellej.* Idem de militibus, rusticis aliisque, qui juribus vacare non solent, non male dicitur. Ignorantia juris quoque excusanda est, si quis jus speciale & incertum ignoret, quale exemplum est in *l. 1. pr. ut in possession. legat. conf. l. 6. eod. l. 7. C. eod. l. 1. C. de usufr.* CARPZOV. *p. 3. C. 13. D. 12.* Denique manifestum est, errorem juris, non impedire repetitionem, iis in casibus, in quibus etiam sciens repetunt *v. l. 9. C. ad L. Falcid.*

§. 23. Eorum sententia, qui in genere, errorem juris, condictionem non excludere censent, nisi obligatio naturalis, jure civili agnita, in solvente concurrat *v.* CARPZ. *p. 3. C. 15. D. 42.* LAUTERB. *C. J. d. l.* rationi & legibus repugnat, cum enim error ille, consensum donandi involvat, res donata utique repeti nequit, inprimis si ejusmodi personæ errorem commiserint, quæ jus nosse debebant. Frustra porro, eludendis legibus, quæ, ob errorem juris, condictionem cessare dicunt *v. gr. l. 10. C. de jur. & fact. ignor. l. 9. C. ad L. Falcid.* existimatur, quasi ibi obligatio naturalis subfuerit, nam hæc probari nequit, & contextus satis ostendit, quod error juris ideo excludat condictionem, quod scientiæ similis sit. Denique non juvat illam sententiam *l. 8. de jur. & fact. ignor.* quæ non ad *condictionem*, sed *confessionem* aut *usucapionem* pertinet *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 366.*

§. 24. Porro non omnis error facti, innoxius est, nam si *voluntarius* sit, & propemodum *affectatus*, is utique condictionem excludet, error tamen in facto proprio, pro tali non semper habendus est, cum, præter culpam, alicui obrepere possit *v. l. 22. 32. §. 1. de condict. indeb.* CARPZ. *p. 2. C. 28. D. 21. n. 5.* Circa *involuntarium* amplius distingvendum est, utrum sit *efficax* v. gr. dum quis putat, se ex causa necessaria seu efficaci, scilicet emti, mutui similive esse obligatum, an *concomitans* v. gr. dum quis existimat, se, ob acceptum beneficium, alteri esse obstrictum. Ille condictioni locum facit, hic eam excludit, habetur enim pro scientia & consensu *v. l. 52. 65. §. 2. de condict. indeb.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 361. 365.* quia adjunctum habet errorem juris.

§. 25. Ex quo ſequitur, quod, ſi beneficium revera ſubſit, ac aliquis exinde validè ſe obligatum putet, repetitio quoque ceſſet, nam adeſt error juris. Aliud dicendum, ſi quis, cum ex beneficio vero obligaretur, v. gr. ex mutuo ſe obligari, falſo crediderit ac ſolverit, vel etiam, ſine conſideratione præcedentis beneficii, ex errore falſæ cauſæ, indebitum præſtiterit, nam, utroque caſu, habet locum repetitio, ſubeſt enim error facti efficax, ac obligatio ex beneficio orta, impediendæ repetitioni, non ſufficit.

§. 26. Quoad accipientem, nihil hactenus refert, ſive ſciverit, ſibi nihil deberi, ſive per errorem facti aut juris, creditorem ſe exiſtimaverit, jus enim repetendi ex eo oritur, quod ſolvens nihil debuerit, nec animum donandi habuerit, quod fundamentum, accipientis opinione, non mutatur. Modum tamen obligandi, diverſus accipientis ſtatus mutare poteſt, ſi enim ſciens indebitum, alterum induxerit, ac, lucrandi animo, pecuniam acceperit, tum non condictione indebiti, ſed, ut fur, furtiva, convenitur *l. 18. de condict. furt. l. 38. §. 1. de ſolut. l. 43. de furt. v.* LAUTERB. *C. J. de condict. indeb. lit. R. n. 4. in fin.*

§. 27. De dubitante adhuc videndum eſt, ſi dubitet circa *jus*, videtur illa dubitatio pro juris errore habenda eſſe, adeoque ſoluti repetitio regulariter ceſſare, debebat enim dubitans jus ſcire, hinc dum, nondum diſcuſſa dubitatione, ſolvit, in omnia incommoda cenſetur conſenſiſſe. Si vero dubitatio reſpiciat *factum*, & ſolutio ſimpliciter intervenerit, repetitio locum habet *l. fin. C. de condict. indeb.* ſi autem, dubitationis intuitu, expreſſa vel tacita conventio interceſſerit, tum, juxta ejus tenorem, pronunciandum erit.

§. 28. Quodſi adeò ſolvens de re, ſi indebita appareat, reddenda ſibi proſpexerit, repetitio locum habet *l. 2. pr. de condict. indeb.* ſi vero de ſolutione transactum ſit, illa ceſſat *l. 65. §. 1. ff. l. 2. fin. C. de condict. indeb. l. 6. C. de jur. & fact. ignor.* niſi dolus accipientis intervenerit *d. l. 65. §. 1. de condict. indeb.* talis transactio quoque interveniſſe præſumitur, ſi quis ex cauſa, in qua lis, ob inficiationem, in duplum creſcit, indebitum ſolverit *l. 4. C. de condict. indeb. §. fin. I. de obligat. quæ quaſ. ex contr.* ſed illa præſumtio longius petita eſt, nec hodie obtinet *v.* LAUTERB. *C. J. de condict. indeb. lit. J.* Plane qui ex cauſa transactionis, quam olim interceſſiſſe, falſo exiſtimat, ſolvit, perinde repe-

repetit, ac is qui & alia causa erronea aliquid præstitit *l. 23. de condict. indeb.*

§. 29. Cum ergo transactio, etiam tacita, repetitionem excludat, multo magis hoc dicendum erit, si errans vel dubitans, expresse repetitioni renunciet, nam, renunciationem talem, perinde erroneam esse ac ipsam solutionem, ceu aliqui volunt, gratis utique dicitur *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 371. 372.* Si solvens profiteatur, se soluti nomine, litem movere nolle *v.* LAUTERB. *C. J. de condict. indeb. lit. 9. n. 3.* repetitioni etiam renunciasse videtur, aliud est, si ita dictum sit: *ex hoc contractu nullam inter se controversiam amplius esse*, qua clausula condictio non tollitur *l. fin. §. 3. de condict. indeb.*

§. 30. Concurrentibus hisce requisitis, rei datæ dominium censetur transire in accipientem, modo ea intentione res data sit *v. §. 4. h.* accipiens vero rem reddere tenetur *v.* LAUTERB. *C. J. de condict. indeb. lit. R. n. 4. in fin.* Posterior effectus extra dubium est, sed prior, ex vano potius præsupposito, *quod condictio detur contra dominum*, quam solidis rationibus asseritur, nam licet dans intentionem transferendi dominii habeat, attamen illa conditionalis est, *si res alteri debeatur*, hinc, hac deficiente, etiam translatio merito deficere debebat.

§. 31. Interim si admittas illum effectum, non pertinet ille ad *accipientem*, quoad hunc enim inanis est, sed ad *tertium*, in quem res translata est, aut ad *concurrentes creditores*, ut, in horum præjudicium, res à solvente vindicari nequeat. Quodsi accipiens sciverit indebitum, ac animo lucrandi illud acceperit, tum, quia furtum committit, dominium non transfertur, hinc & res vindicari, & ab accipiente, condictione furtiva, à tertio verò possessore, condictione sine causa, avocari potest *v. 26. h.* conf. *c. 1. §. 12. seqq. h.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 267.*

§. 32. Quod attinet probationem requisitorum antea expositorum, *solutionem* probare debet actor *l. 25. pr. de probat. l. 7. §. fin. de curator. furios. v.* CARPZ. *p. 2. C. 28. D. 21.* Reus verò ostendere debet, solutum, fuisse *debitum*, si antea solutionem negaverit, si verò hanc confessus sit, tum actor probare debet, solutum esse *indebitum*, modo omne solutum, simpliciter indebitum dicat & homo diligens sit *d. l. 25. pr. de probat.* si autem actor talis persona sit, quæ rerum suarum non adeo satagere solet, ut pupillus, mulier, miles vel rusti-

ſticus, tum reo imponitur probatio, ſolutum, *debitum* fuiſſe *d. l. 25. §. 1.*

§. 33. Quodſi actor ſolutum, debitum quidem ab initio fuiſſe, fateatur, ſed illud jam extinctum eſſe contendat, tum probatio *indebiti* indiſtincte ab eo requiritur, quod etiam dicendum, ſi partem ſolum, indebitam eſſe dicat *d. l. 25. §. 2.* Si cautio ſolum expoſita, ſit, tum, ſi indiſcretè loquatur, actor *cauſam debendi* probare tenetur, ſi vera cauſam contineat, reus *indebitum* promiſſum fuiſſe oſtendere debet, & quidem literis *d. l. 25. §. fin.* quod ultimum hodie non obſervari puto *v. c. 14. X. de fid. inſtrum.* CARPZ. *p. 1. C. 17. D. 39.*

§. 34. Regulariter quoque *error* ab errante probandus eſt, eſt enim facti, & quidem ejusmodi, quod non facile hominibus, rerum ſuarum ſatagentibus, accidere ſolet *l. 6. C. de condict. l. 25. pr. de probat.* nec obſtat, quod, *probato indebito, error præſumendus ſit, cum nemo ſuum jactare ſoleat, adeoque error potius, quam donatio præſumi debeat v.* CARPZ. *p. 2. C. 28. D. 21. n. 5.* STRYCK *in not. ad* LAUTERB. *de condict. indeb. ad p. 205.* nam illa præſumtio minime eſt neceſſaria, cum, ex ipſo facto, potius donatio præſumenda ſit, niſi error probetur. Quodſi autem ſolvens, talis perſona ſit, cui error non infrequenter obrepere ſoleat, tum adverſarius erroris abſentiam probare tenetur *l. 25. §. 1. de probat.* conf. LAUTERB. *C. J. de condict. indeb. lit. pr.*

§. 35. Hæc omnia uti ex ipſis æquitatis principiis dependent, ita probatio conſveto modo, teſtibus ſcilicet, inſtrumentis vel delatione juramenti, peragi poteſt *l. 25. §. pen. de probat.* habita tamen proceſſus ratione, nec enim quivis quamvis probationem admittit. Si res ſoluta repetatur, quia id vix aliter, quam proceſſu ordinario, fieri poteſt, ideo quævis probatio locum inveniet; ſed ſi ex cautione expoſita, executive agatur, circa objectam indebiti & erroris exceptionem, non alia quam liquida probatio admittetur, eaque deficiente, reus, facta ſolutione, reconventionem inſtituere debebit STRYK *in not. ad* LAUTERB. *C. J. de condict. indeb. lit. pr.* conf. OBSERV. LAUTERB. *Obſ. 368. 369.*

§. 36. Competit condictio indebiti iis, qui indebitum ex errore ſolverunt, & hæredibus *l. 12. 29. ff. l. 1. C. de condict. indeb.* etiam ſucceſſori ſingulari *arg. l. fin. C. de H. & A. V.* Si tutor aut procurator do-

nomine principalis, ſolverint pecuniam, licet propriam, non illis, ſed domino competit condictio *l. 57. pr. l. 6. §. f. ff. l. 6. C. de condict. indeb.* quia obligatio re contrahitur, quibus caſibus ſolvens eſt inſtar nuncii, nec ſibi acquirit actionem *l. 6. §. 1. de N. G.* ſi tamen tutor, finita tutela, indebite ſolutum non imputaverit pupillo, ipſi condictio datur *l. f. §. 1. de condict. indeb.* quod etiam dicendum de procuratore, ſi ſine conſenſu domini ſolverit *l. 6. pr. de condict. indeb.* Cæterum prior ſubtilitas, qua domino actio acquiri dicitur, ſolventi vero negatur, non tam ad *actionem*, quam ejus ſaltem *nomen* pertinere videtur, hinc non dubitem, quin utrique actio competat.

§. 37. Si fidejuſſor, nomine debitoris, indebitum ſolvat, debitor repetit, ſi ſuo, ipſe fidejuſſor *l. 38. §. fin. l. 47. de condict. indeb.* circa quod repetendum, quod, quoad procuratorem, modo admonui. Si duo rei diverſo tempore ſolvant, ultimus repetit, modo prior ſolutio obligationem ſuſtulerit *l. 25. 59. de condict. indeb. l. 34. §. fin. de ſolut.* ſi eodem tempore, ſinguli partem repetunt *l. 19. §. fin. l. 20. de condict. indeb.* Si, ex obligatione alternativa, utramque rem præſtiterint, una, arbitrio creditoris, reſtituitur *l. 21. eod.*

§. 38. Datur condictio contra accipientes *l. 57. §. 1. de condict. indeb.* & delegantes, pro quibus is, qui ſe ex errore delegari paſſus eſt, creditori ſolvit *l. 2. C. de condict. indeb. l. 12. 13. de novat. v.* OBSERV. LAUTERB. *Obſ.* 370. contra pupillos ſimilesque datur, quatenus ſunt locupletiores facti *l. 5. §. 1. de autor. tutor.* Si procuratori indebitum ſolutum ſit voluntate domini, hic, non procurator convenitur, ſed hoc iterum ad nomen actionis pertinere videtur: Si autem ſine voluntate domini procuratori ſolutum, tum ipſe ſolum tenetur *l. 6. §. 1. 2. l. 57. §. 1. de condict. indeb. l. 34. pr. de ſolut.* Contra hæredem quoque datur condictio, ſubiit enim defuncti locum, non vero contra ſucceſſorem ſingularem *v. l. 49. de condict. indeb.* ſi, erronea ſolutione dominium in accipientem transferri, præſupponas *v. §. 29. 30. h. conſ.* STRYK *in not. ad* LAUTERB. *de condict. indeb. lit. P.*

§. 39. Repetuntur hac condictione, res indebite ſolutæ, corporales & incorporales, prout habet vulgaris ſtilus *v.* LAUTERB. *C. J.*

de condict. indeb. lit. O. Sed falsum est, quod ullo casu res incorporalis seorsim repetatur: Semper potius repetitur res corporalis, cum certo aliquo jure considerata. Aliquando igitur petimus rem totam, quam animo transferendi dominii, si error non subesset, alteri dedimus, qui est ordinarius hujus condictionis casus. Nonnunquam res aliena, indebite præstita, vel impensæ in alienam rem factæ, repetuntur, vel exigitur possessio, ut, ea obtenta, rem tamdiu retinere queamus, donec, quoad impensas, nobis satisfactum sit *l. 15. §. 1. l. 40. §. 1. de condict. indeb.* in totam vero rem, jus repetendi non competit, quod velle videntur *l. 33. 51. eod.*

§. 40. Si usufructum tibi indebite præstitero, rem hactenus repeto, ne tu amplius habeas usumfructum *l. 12. de condict. indeb.* si fundum, in quo mihi iter competebat, per errorem, velut liberum, præstitero, eo effectu illum repeto, ut mihi deinceps serviat *l. 22. §. 1. eod.* si cautio indebite sit exposita, cautionem, quæ utique corporalis est, à te peto, si per errorem te liberavero, pecuniam debitam, quæ, sine dubio, corpus aliquod est, à te postulo *v. §. 4. 5. h.*

§. 41. De cætero vel quantitas, vel species condictione repetitur, illa in genere exigitur *l. 7. 19. §. 2. l. 65. §. 6. de condict. indeb. l. 25. in fin. de P. V.* sed sine usuris *l. 1. C. de condict. indeb.* hodie tamen à sciente statim, ab ignorante vero, post moram, usuræ solvendæ sunt *v. §. 10. h.* STRYK *in not. ad* LAUTERB. *de condict. indeb. lit. O.* Species repetitur cum fructibus & accessionibus *l. 7. 15. pr. l. 26. §. 12. l. 65. §. 5. de condict. indeb. l. 38. §. 2. de usur.* deductis tamen impensis *l. 65. §. 5. de condict. indeb.* Si res restitui nequeat, bonæ fidei possessor, extra moram, non tenetur, nisi in quantum locupletior factus *l. 26. §. 12. l. 65. §. 8. de condict. indeb.* sed malæ fidei possessor, aut morosus, verum rei pretium præstare debet *d. l. 65. §. 8.*

§. 42. Si ex obligatione alternativa, utrumque, per errorem, simul sit solutum, alterum repeti potest, & habet, ex sententia nonnullorum, accipiens electionem *l. 26. §. 13. in fin. de condict. indeb.* sed rectius eligendi arbitrium solvendi tribuitur *l. pen. C. de condict. indeb.* nam hic fuit debitor adeoque electionem habuit, per erro-

ne-

neam verò ſolutionem, neutiquam in accipientem, illa fuit translata, cum nulla conventio ſubſit. Si debitor, ex quantitate alternative debita, v. gr. dimidium, per errorem, ſolvat, ab ejus arbitrio dependet repetitio, ſi enim alteram rem præſtet, ſolutum condicit *d. l. 26. §. 13.*

§. 43. Quodſi, ſoluta quantitatis parte, altera res promiſſa, per errorem, ſolvatur, ſolventis, etiam jure antiquo, eſt electio *d. l. 26. §. 13.* verb. *ſed & ſi.* Si diverſis temporibus, utraque res alternative debita, ſoluta ſit, poſteriorem repetendam eſſe, quidam putant *v.* LAUTERB. *C. J. de condict. indeb. lit. O. in fin.* ſed verius eſt, ſolventis hic quoque eſſe electionem, nec enim dici poteſt, quod prior fuerit debita, poſterior indebita, ſic non oberit *l. 25. de condict. indeb.* quæ ſaltem docet, quod indebitum ſit repetendum, quid vero in noſtro caſu debitum aut indebitum fuerit, id arbitrio ſolventis definiri debet. Si tamen ex rebus alternative debitis, ſive ſimul, ſive ſucceſſive ſolutis, altera caſu perierit, quæ ſupereſt repeti nequit *l. 32. pr. de condict. indeb. conf.* LAUTERBACH. *d. l.*

§. 44. Quando condictio indebiti ceſſet, id, ex requiſitis antea expoſitis, intelligendum eſt. Cum enim illa locum habeat, ſi per errorem indebitum ſit ſolutum, inde liquet, eam deficere, ſi ſciens debitum ſolvat, qui caſus eſt extra dubium, aut errans debitum, vel ſciens indebitum præſtet; illo caſu, *conſenſus* & *obligatio*, iſto, *obligatio*, hoc, *conſenſus* repetitionem impediunt. An vero obligatio aut conſenſus, in caſibus ſpecialibus, adſit, nec ne, illud nonnunquam non ſatis liquidum eſt, ceu ex iis, quæ *§. 6. ſeqq.* dicta ſunt, intelligitur.

CAPUT XVIII.
DE SENATUS CONSULTO VELLEJANO.

SUMMARIA.

Transitus ad SCtum Vellejanum §. 1.
Hoc constituit, ne fœminæ ex intercessione obligentur §. 2.
Intelliguntur fœminæ ad contrahendum habiles §. 3.
Ac nihil refert apud quos & pro quibus illæ intercedant §. 4.
Jure novo intercessio aliquando est ipso jure nulla §. 5.
Quæ sanctio inanis est §. 6.
Sub intercessione comprehenditur oppignoratio §. 7.
Fidejussio & expromissio §. 8.
Ad alia negotia bona fide celebrata SCtum non pertinet §. 9.
Ex intercessione valide mulieres non obligantur, hinc actione §. 10.
Et exceptione se defendunt §. 11.
Hæc competit fœminis, hæredibus & fidejussoribus §. 13.
Debitores, pro quibus fœmina intercessit, manent obligati §. 14.
Cessat SCtum ob dolum mulieris, acceptum pretium §. 15.
Repetitam promissionem, intercessionem utilem §. 16. 17.
Aut innoxiam vel juramento firmatam nec non ob renunciationem §. 18. 19.
Creditoris & debitoris conditio aliquando SCtum excludit §. 20.
In universum rectius illud aboletur quam conservatur §. 21.

§. 1.



TAm in fidejussionibus, quam expromissionibus, mulieres gaudent beneficio SCti Vellejani, cujus adeo explicatio post expositos contractus, ac tollendarum obligationum modos, non malè institui videtur. SCtum Vellejanum est *constitutio juris Romani, qua fœminis, pro aliis, intercedentibus, ita succurritur, ut exinde efficaciter illæ non obligentur*, de cujus origine & autore *v. l. 2. pr. §. 1. l. 16. §. 1. ad SCt. Vellej.* Exinde oritur *privilegium SCti Vellejani*, quo se mulieres intercedentes tuentur *v. l. 40. pr. de condict. indeb. l. 24. §. 2. ff. l. 10. C. ad SCt. Vellej. l. 196. de R. J.*

§. 2. Seposita lege civili, mulieres, perinde ac mares, ex conventionibus suis, obligantur, sed cum, ad intercessiones, facilè illæ allici posse crederentur *v. l. 2. §. 2. ad SCt. Vellejan.* ideo SCtum Vellejanum, non quidem eas prohibuit, sed mulieribus intercedentibus facultatem pœnitendi concessit, adeò ut invitæ inde conveniri nequeant *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 464.* Summa ergo SCti est: *fœminas, apud alios, pro aliis intercedentes non obligari.*

§. 3.

§. 3. Loquitur SCtum de *fœminis quibusvis*, nuptis & innuptis *l. 2. §. 1. ad SCt. Vellej.* ad contrahendum vero habiles supponere par est *v. l. 4. §. 1. eod.* nam inhabiles, neque ex intercessione, neque ex ullo alio contractu, communi jure, obligantur: Fœminæ tamen, imperio aut jurisdictione, adeoque consiliariis instructæ, quales quidem jus Romanum ignoravit, hodie non male excipiuntur *v.* HERING. *de fidejuss. c. 7. n. 517. seqq.* nam in iis, ratio SCti Vellejani cessat, ut nimis vile videatur, si ad ejus auxilium confugere velit.

§. 4. Apud *quos* fœminæ intercedant, regulariter nihil interest modo creditores intercessionem sciant *l. 4. pr. l. 11. 12. 17. pr. l. 19. §. f. l. 27. pr. l. 28. §. 1. ff. l. 1. 10. C. ad SCt. Vellej.* hinc etiam fœminæ creditrici obstat SCti exceptio *l. 5. C. eod.* minori quoque, si primus debitor, pro quo fœmina expromisit, solvendo sit, alias SCtum ætati cedit *l. 12. de minor. l. 32. pr. ad SCt. Vellej.* Porro nihil refert, pro *quo* fœmina intercedat *l. 1. pr. eod.* hinc intercessio, pro patre vel filio *l. 3. 8. C. eod.* aut marito *l. 2. pr. ff.* auth. *si qua mulier C. eod. Nov. 134. c. 8.* facta, est etiam invalida, nec tenetur uxor, si, cum marito, velut corream debendi, se obligaverit, nisi pecunia, in ejus utilitatem, versa probetur, nam alias subest intercessio; cum marito tamen suo valide contrahit *l. 7. §. 6. l. 52. de donat. inter V. & U. v.* CARPZOV. *p. 2. C. 15. D. 23.* HERING *de fidejuss. c. 6. n. 103.* LAUTERB. *C. J. de SCt. Vellej. lit. O.*

§. 5. Quoad *intercessionem*, novo jure distingvendum est, utrum fiat *instrumento publico à tribus testibus signato*, an *sine eo.* Illo casu intercessio subsistit summo jure, sed per SCtum evertitur, hoc autem, est ipso jure nulla, nec opus est SCti auxilio *l. 23. §. f. C. ad SCt. Vellej. v.* LAUTERB. *d. l. n. 4.* Effectus discriminis is esse censetur, quod exceptio à muliere sit alleganda, remedium vero ipsius juris, à judice, ex officio, possit suppleri *v.* STRYK *in not.* ad LAUTERB. *d. l.*

§. 6. Sed forte non improbabile est, si, Justinianum affectu muliebri in transversum actum, inanem dedisse legem, dicamus, nam discrimen allatum, non adeo certum est; si exceptio SCti sit liquida, perinde à judice, ex officio, suppleri potest, ac exceptio nullitatis; porro si mulier nullitatem non objiciat, nec judex eam suppleat, perinde ei renunciatum videtur ac exceptioni SCti, si tempestive illa non allegetur, ut hactenus inter hanc & illam nihil intersit. Quis præterea

tam fatuum crediderit creditorem, ut instrumento publico, obligationem invalidam & exceptione elidendam, sit constituturus, hoc sane esset, magno conatu magnas agere nugas. Haut igitur sanctionis illius aliquem usum & effectum esse arbitror. *conf.* EBERT. *de eo quod sit ipsf. jur. membr. 1. Sect. 2. p. 279.*

§. 7. De cætero intercessio hic latius accipitur, ut tam, ad obligationem *bonorum*, quam *personæ*, pertineat. Invalida ergo est oppignoratio bonorum, quam pro aliis facit mulier *l. 8. pr. ff. l. 4. 5. 7. C. ad SCt. Vellej. l. 11. C. de distr. pign.* quod etiam dicendum, si maritus bona uxoris creditori scienti oppignoraverit *l. 5. 7. C. ad SCt. Vellej.* si vero ignoranti, & mulier non coacta consentiat, oppignoratio valet *d. l. 5. C. ad SCt. Vellej. l. 11. C. de distr. pign.*

§. 8. Ulterius si mulier aliorum obligationi accedat *l. 8. §. 1. ff. l. 4. 18. C. ad SCt. Vellej.* fidejubendo *l. 25. §. 1. ad SCt. Vellej. l. 3. 48. de fidejuss.* constituendo *l. 1. §. 1. ad SCt. Vellej. l. 28. de constit. pecun.* vel mandando *l. 6. 7. ad SCt. Vellej. l. 32. mand. l. 19. C. de fidejussor.* aut aliorum obligationem expromittendo in se suscipiat *l. 8. §. 9. ad SCt. Vellej.* intercessio est nulla. Idem obtinet, si, sub specie alius contractus, pro aliis intercedat, ac creditor hoc satis intelligat *l. 8. §. 14. l. 11. 12. 28. §. 1. l. 29. pr. l. fin. §. 3. ff. l. 4. 19. C. ad SCt. Vellej. vid.* LAUTERB. *C. J. d. t. lit. O. n. 4.* Quodsi autem creditor saltem sciat, contractum cum muliere celebratum, in aliorum, & v. gr. mariti, utilitatem cedere posse, tum SCtum locum non habet *l. 13. C. ad SCt. Vellej.* qui textus ita cum *l. 28. §. 1. ff. eod.* non male componitur *v.* HUBER *in posit. ff. ad SCt. Vellej. n. 11.*

§. 9. Ad alia negotia, bona fide celebrata, non pertinet SCtum *l. 8. §. 1. l. 19. pr. §. 1. ff. l. 2. 6. C. ad SCt. Vellej.* hinc valide fœmina donat *l. 4. §. 1. l. 21. §. 1. ad SCt. Vellej.* pro alio solvit *l. 4. §. 1. l. 5. ff. l. 1. 4. C. eod.* debitorem suum, creditori alieno & proprio delegat *l. 5. 8. §. 5. l. 19. §. fin.* verb. *sicut. eod.* modo posteriori casu, ex intercessione, non sit obligata *l. 8. §. 3. ff. l. 9. C. eod.* pignora accepta reddit *l. 8. pr. eod.* hypothecam marito remittit *l. 18. quæ in fraud. creditor. l. 11. 21. C. ad SCtum Vellej. v. Novell. 61. c. 1.* LAUTERB. *d. l. lit. O.* ac alia hujus generis negotia celebrat.

§. 10. SCtum Vellejanum, intercessiones mulierum, non reddere ipso

ipso jure nullas, nec actiones inde descendentes impedire, sed illas tantum quoad effectum, in totum reprobare & irritas reddere, vulgo dicunt *v.* LAUTERB. *d.l. lit. E.* quæ disquisitio hodie otiosa est, cum illa omnia coincidant, hinc satis est, si, ob SCtum, mulieres valide non obligari dicamus *v. l. 7. 16. in fin. l. 23. ff. l. 9. C. ad SCt. Vellej.* Res igitur, intercessionis causa, oppignoratas, mulier à quovis possessore vindicat *l. fin. §. 1. ad SCt. Vellej. l. 39. §. 1. de R. V.* quemadmodum etiam, ex errore solutum, condicit *l. 8. §. 3. l. 24. §. 2. l. 31. ff. l. 9. C. ad SCt. Vellej. l. 40. pr. de condict. indeb.* ac, quoties agit, objectas exceptiones, replicatione SCti, diluit *l. 17. §. 1. l. fin. §. 2. ad SCt. Vellej.*

§. 11. Quodsi autem mulier, ex intercessione, nondum aliquid præstiterit, tum conventa opponit *exceptionem SCti Vellejani v. l. 6. 23. in fin. ff. l. 2. 3. 8. 16. 18. C. ad SCt. Vellej. l. 40. pr. de condict. indeb. l. 7. §. 1. de except.* qua actio, ob intercessionem, instituta, eliditur *v. l. 8. 20. C. ad SCt. Vellej.* Est perpetua *l. 40. de condict. indeb.* & realis *l. 7. §. 1. de except.* ac potest statim objici, si liquida sit *v. l. 2. §. 1. ad SCt. Vellej. l. 9. de jurejur.* alias post litem contestatam opponitur, potest tamen, in ipsa executione, etiam objici, si autem ne tum quidem allegetur, censetur ei renunciatum *v. l. 11. de SCt. Maced. v.* PERETZ. *in C. ad SCt. Vellej. n. 23.*

§. 12. Datur exceptio fœminis & hæredibus *l. 7. §. 1. de except. l. 20. C. ad SCt. Vellej.* si tamen mulier, in testamento, hæredes fidem suam liberare jubeat, exceptione illa hi uti nequeunt *v.* SAND. *l. 3. Decis. Frisic. tit. 11. Def. fin.* nam hoc perinde est, ac, si mulier, omissa exceptione, solvisset. Datur etiam fidejussoribus *l. 8. §. 4. l. 16. §. 1. ff. l. 14. 15. C. ad SCt. Vellej.* &, ex mandato mulieris, intercedentibus *l. 6. 7. 8. §. 4. 6. l. 30. §. 1. l. fin. §. 3. ad SCt. Vell.* Non vero competit confidejussori, nam hic, subductâ fœminâ, in solidum tenetur *l. 48. pr. de fidejussor.* quod secus est in expromissione, in qua pars obligationis, quam fœmina susceperat, hac exemta, in debitorem pristinum recidit *l. 8. C. SCt. Vellej.* qualis relapsus, circa obligationem fidejussoriam, locum habere nequit.

§. 13. Objicitur exceptio regulariter omnibus creditoribus, eorumquę hæredibus, ut & successoribus singularibus, nam hi plus juris ha-

habere nequeunt, quam ipse creditor habuit *v. l. 1. pr. ad SCt. Vellej. v. l. 4. c. 4. §. 16.* Pertinet autem exceptio ad elidendas actiones, ex intercessione ejusque occasione institutas, & summo jure fundatas, ceu vulgò inculcant, sed hoc ultimum hodie frustra requiritur, cum res eodem recidat, sive actionem, ipso jure non competere, sive exceptione elidendam esse dicas.

§. 14. In autem intercessio mulierum, SCto improbatur, ut ne quidem in præjudicium Creditorum illa valeat, quod tamen in casibus similibus aliàs accidere solet *v. §. 3. I. quib. mod. obl. toll.* Creditor igitur, apud quem mulier fidejussit, actionem, contra principalem debitorem, retinet salvam, cujus quidem ratio est evidens *l. 1. §. fin. ff. l. 23. §. 1. C. ad SCt. Vellej.* Quodsi pro alio expromiserit, vel etiam novam obligationem intercedendo susceperit, tum in debitorem vel vetus *l. 8. §. 7. seqq. l. 13. §. f. l. 24. §. 2. ff. l. 16. C. ad SCt. Vellej.* vel nova actio conceditur *l. 8. §. 14. eod. v. l. 10. eod.* modo ille contrahendo se valide obligare queat *l. 8. §. fin. eod.*

§. 15. Sicut autem SCtum, ad alia negotia non pertinet, ceu dictum *§. 9. h.* ita aliquando, ratione intercessionis, quoque cessat; Ejus rei ratio summatim vel intuitu *mulieris*, vel *creditoris*, vel *debitoris*, occurrit. Ratione *mulieris* deficit SCtum (1.) ob ejus dolum *l. 2. §. 3. l. 23. 30. pr. ff. l. 5. 18. C. ad SCt. Vellej.* (2.) ob pretium intercessionis acceptum *l. 23. pr. §. 1. C. eod.* & satis est, si quale quale sit, neque enim quantitas, sed avarum consilium, beneficium excludit *v.* HERING *de fidej. c. 7. n. 433. seqq.*

§. 16. Porro (3.) ob repetitam, post biennium, intercessionem, modo fœmina sit major, & debitor, extraneus *l. 22. C. ad SCt. Vellej.* nam pro marito ita se valide non obligat *auth.* si qua *C. eod. Nov. 134. c. 8.* remissio tamen pignoris marito etiam post biennium fieri potest *Nov. 61. c. 1. v.* HERING *d. l. n. 448. seqq.* (4.) ob intercessionem, in propriam utilitatem, factam *l. 21. pr. ad SCt. Vellej.* in genere autem ea intervenisse videtur, si mulier, ob præviam obligationem, intercesserit, tum enim non nova obligatio, per intercessionem, constituitur, sed obligatio valida saltem mutatur.

§. 17. Quodsi adeo mulier, pro creditore suo expromittat *l. 2. C. ad SCt. Vellej.* vel etiam pro eo, cui delegata est, promittat, eaque pro-

promissione, à creditore suo liberetur, SCtum cessat *l. 24. pr. §. 1. ff. eod.* idem est, si, pro creditore suo, vel sola vel cum masculo fidejubeat *l. 17. §. fin. l. 18. eod. v. l. 7. §. 14. ad SCtum Macedon.* SAND. *l. 3. Decis. Fris. tit. 10. D. 2.* hinc in specie, pro procuratore fidejussore aut venditore, intercedens mulier, SCto non juvatur *l. 3. 13. ad SCt. Vellej. l. 8. §. 1. qui satisd. cog.*

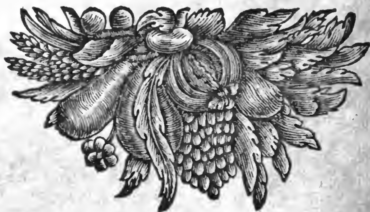
§. 18. Cessat quoque SCtum (5.) quoad intercessionem innoxiam, si scilicet mulier ab eo, pro quo intercessit, debitum acceperit *l. 16. pr. l. 22. ad SCt. Vellej.* (6.) ob intercessionem juramento confirmatam *l. 1. & seqq. auth. C. si advers. vendit.* (7.) propter renunciationem, si mulier de jure competente satis edocta, eidem renunciaverit *l. pen. C. de pact. l. fin. §. p. ad SCt. Vellej. auth.* matri *C. quand. mul. tutel. offic.* ac sufficit de jure civili etiam renunciatio extrajudicialis, injurata, ac in instrumento privato facta *v. l. 30. pr. ad SCt. Vellej.* nihil enim, quoad renunciandi modum, specialiter cautum est, hinc, ex generalibus æquitatis principiis, ille merito judicatur.

§. 19. Quodsi mulier jurato renunciaverit, tum renunciatio valida est, licet non probetur, eam specialiter de jure suo fuisse edoctam, hoc enim merito, ob juramentum, præsumitur *v.* HERING *de fidejuss. c. 7. n. 507. seqq.* licet alii dissentiant *v.* FINCKELTH. *Obs. 116. n. 16.* si tamen mulier enormiter læsa sit, dum v. gr. pro debitore ad incitas redacto, expromittere persvasa est, jurata renunciatio ei haut oberit *vid.* LAUTERB. *C. J. ad SCt. Vellej. lit. 3.* In Electoratu Saxoniæ, jurata renunciatio requiritur, si mulier, pro marito, in præjudicium dotis, intercedat *p. 2. C. 16. Decis. Elect. 25. v.* CARPZ. *ad d. C. 16.*

§. 20. Ratione *creditoris* cessat SCtum, si hic intercessionem ignoraverit, aut minor sit *v. §. 4. h.* Denique etiam *debitoris* conditio SCtum aliquando excludit, si nempe fœmina, ætate major, intercedat pro dote *l. 41. pr. de jur. dot. l. 12. l. fin. C. ad SCt. Vellej. v.* HERING. *de fidejuss. c. 7. n. 452. seqq.* quod ad donationem propter nuptias, non extendendum videtur, cum ejus tantus favor non sit *l. 12. §. 2. C. qui potior in pign.* cessat etiam SCtum, si pro servo manumittendo, manumissionis pretium mulier promittat *l. pen. C. ad SCt. Vellej. v.* LAUTERB. *C. J. d. t. lit. 3.*

Ttt t §. 21. De

§. 21. De eo dubitandum non eſt quin penitus SCtum Vellejanum tolli queat *v.* LAUTERB. *d. l. ibique* STRYK *in not.* imo ſi calculum recte ſubducamus, merito illud tollendum eſſet, nulla enim eſt iniquitas, ſi fœminæ, ex interceſſione ſpontanea, obligentur, & ſine gravi cauſa, jus commune SCto ſuo turbarunt Romani, ac controverſiis ambiguis forum oppleverunt. Inprimis in illis locis, ubi ſub Curatoribus agunt fœminæ, nulla SCti illius eſt vel neceſſitas vel utilitas *conf.* OBSERV. LAUTERB. *Obſ.* 465.



LIBER SEXTUS.

CAPUT I.

DE SPONSALIBUS.

SUMMARIA.

§. I.



Onsideravimus hactenus jura hominum *existentium*, habito respectu ad extantiora quædam jura, nempe *humanitatem*, *inviolabilitatem*, *libertatem*, *existimationem* & *jus rerum v. l. 3. c. 1. §. 2.* Superest, ex juribus *d. l.* laudatis, *imperium*, ad quod nunc progrediendum videbatur. Sed cum hujus explicatio jura, ad hominum propagationem & mortem pertinen-

nen-

nentia, sæpe præsupponat, ideo, dilata ejus expositione, ad secundam considerationem generalem, quam toti tractationi, de jure constituto, fundamenti loco substravimus, nempe ad homines, *genus suum propagantes v. l. 2. c. 1. §. 3.* transeundum erit.

§. 2. A Sponsalibus autem incipiendum videtur. Obligari homines per legem naturalem, ad genus suum propagandum, dubio caret; Non minus probabile est, quod non, more pecorum, propagationem instituere, sed eam potius pacto circumscribere, ac, eo nomine, societatem inire debeant, quo scilicet homines nati, ad observantiam legum, per sollicitam educationem, disponi queant, cum è contrario, admissa pecuina propagandi ratione, homines dubio procul obbrutescerent.

§. 3. Quoad ineundam autem conjugalem societatem, varii actus distingvi possunt. Vel enim (1.) *tractatus* eo fine instituitur, qui in vernacula nostra, *die anwerbung* dicitur, vel (2.) à parte fœminæ, *promissio* accedit, quam vocant *das jawort*, estque *pactum de sponsalibus* vel (3.) *conventio de nuptiis* initur, quæ nomen *Sponsaliorum* gerit, vel denique (4.) *repetita solenniter promissione, ut conjuges cohabitant*, qui actus *nuptiarum* nomine venit.

§. 4. Licet verò omnes hi actus, circa quamvis conjunctionem conjugalem, non semper occurrant, sed sæpe duo priores, in tertium velut influant, ac adeo unum efficiant, attamen, apud plerasque gentes, *Sponsalia* & *Nuptiæ* discernuntur. Inprimis, in Germania, de diversitate illorum actuum, dubitari non potest, nam & jus, eos distingvendi, hominibus competit, & voluntas Germanorum, illos actus seperantium, est, ex multis indiciis, manifestissima. Ex eo sequitur, quod jura nuptiarum, ad sponsalia, non indistincte queant applicari, circa quod non raro fluctuant interpretes *v.* SPECIM. JUR. ECCLES. *l. 4. c. 1. §. 3. seqq.*

§. 5. Sponsalia sunt *mentio & repromissio nuptiarum futurarum l. 1. de spons.* sive *pactum de nuptiis*, quæ sententia moribus nostris inprimis convenit. Dividuntur (1.) in sponsalia *de præsenti*, & *de futuro*, sed, ex veriori sententia, hæc saltem sunt pactum de sponsalibus *c. pen. X. de spons. vid.* DN. STRYK *de dissens. spons. sect. 1. §. 18. seqq.* (2.) in *pura* & *conditionata*, quorum illa, à nonnullis,

lis, de præsenti, hæc, de futuro, etiam dicuntur *v.* STRYK *d.l. §.23. seqq.* CARPZOV. *J. E. l.2. D.18.20.21.174.* (3.) in *publica*, quæ cum consensu Parentum, aut, his deficientibus, coram testibus, & *clandestina*, quæ vel sine consensu parentum, vel sine testibus sunt celebrata *conf.* STRYK. *de dissens. spons. Sect. 4. c. 1. §. 29. seqq.*

§. 6. Fiunt Sponsalia *consensu vero*, quomodocunque declarato *l. 4. 12. fin. de spons. v.* STRYK *de dissens. sponsal. Sect. 1. §. 4. seqq.* etiam per procuratorem *c. fin. de procur. in 6.* qui consensus tamen neutiquam matrimonium involvit, quod frustra asserit CARPZ. *J. E. l. 2. D. 17. v.* IDEM *l. 2. D. 130.* Metus, dolus, error efficax ac ebrietas consensum illum impediunt CARPZ. *d. l. D. 26. seqq. l. 3. D. 55.* quemadmodum etiam ex nudo tractatu, vel promissione jocasa, aut inconsiderata, nulla obligatio nascitur CARPZ. *l. 2. D. 18. 19.* STRYK *d. Sect. 1. §. 26. seqq.*

§. 7. Præterea etiam requiritur consensus Parentum CARPZ. *l. 2. D. 38. seqq.* quodsi vero sine causa dissentiant, à Magistratu sponsalia permittuntur IDEM *d. l. D. 52. seqq.* STRYK *d. Sect. 1. §. 38.* & *ad* BRUNNEM. *J. E. l. 2. c. 16. §. 5.* De valore autem causarum uti judicat Magistratus, ita inprimis justa dissentiendi causa esse putatur, si liberi, neglecto parentum consensu, pure sponsalia inierint CARPZ. *d. l. D. 57.* Quodsi sponsalibus, sine consensu parentum contractis, hierologia vel copula carnalis accedat, tum eadem hodie firmari censent, ut tamen liberi, in Saxonia, relegatione, carcere ac totali exhæredatione puniri queant CARPZ. *d. l. D. 60. 61.*

§. 8. Sed illa rationibus non adeo solidis nituntur; hierologiæ dolose obtentæ, effectum illum tribuere, hypotheses papales redolet. Ob copulam verò carnalem & imprægnationem sponsalia firmari possunt, si nulla dissentiendi causa subsit, ac stupratæ parentes matrimonium expetant: Præterea copula illa parentes aliquando movere potest, quo consensum hactenus negatum impertiant, atque ita honori stupratæ utcunque consulant, per se vero sponsalia firma reddere non potest, hinc ob justam causam non tantum parentes stupratæ, quod vult STRUV. *J. E. l. 1. tit. 6. §. 4.* sed & stupratoris dissentire, ac matrimonium impedire possunt.

§. 9. Quodſi contrahentes perſonæ parentibus deſtituantur, ad valorem ſponſaliorum teſtes requiruntur, aliàs illa ſunt nulla, niſi concubitus acceſſerit *v.* CARPZ. *J. E. l. 2. D. 32. ſeqq.* STRYK *d. tr. Sect. 1. §. 36.* ſed illa, in Saxonia Electorali, quidem obtinent, generaliter autem vera non ſunt, teſtes enim ſaltem ad probationem pertinent, ab hac vero validitas actus non dependet *v. c. 2. X. de clandeſt. deſponſ.* & rationes oppoſitæ non oſtendunt, quod ſponſalia clandeſtina ſint invalida, ſed ſaltem, quod lege poſitiva prohiberi queant *conf.* STRYK *ad Br. J. E. l. 2. c. 16. §. 12.* Quare nec hoc, ſepoſita lege ſpeciali, admittendum, quod ſponſalia clandeſtina, ſecutis publicis, exſpirent *v.* LAUTERBACH. *C. J. de Sponſal. n. 2.*

§. 10. Ineunt Sponſalia, qui conſentire poſſunt *v. c. 1. c. 30. qu. 2.* CARPZ. *J. E. l. 2. D. 26.* & ad matrimonium ſunt apti *v. c. 84. de R. J. in 6. l. 15. 16. de ſponſal.* Aliquando impuberes etiam deſponſantur *v. c. 7. 8. X. de deſponſ. impub. l. 14. de ſponſal.* qui actus non *vera ſponſalia*, ſed ſaltem *pactum conditionatum, de ſponſalibus,* ſi poſt pubertatem, paciſcentibus placuerit, *celebrandis*, continet, adeoque nullius effectus eſt, nam, ante pubertatem, paciſcentes ad matrimonium ſunt inhabiles, poſt eam vero, liberum habent agendi arbitrium *v.* BRUNNEM. *J. E. l. 2. c. 16. §. 11. ibique* STRYK *in not.* SPECKH. *Centur. 3. cl. 1. qu. 6.*

§. 11. Reſpiciunt Sponſalia, futurum matrimonium, & poſſunt pure vel ſub conditione iniri, quæ regulariter, juxta conſvetos effectus, accipienda eſt. Quodſi adeo ſit conditio neceſſaria, tum ſponſalia pura erunt *l. 9. §. 1. de novat.* ſi verò incerta, poſſibilis & licita, tum, ea pendente, ſponſaliorum quoque effectus erit in ſuſpenſo, ac pœnitentia interim locum non habebit *v.* CARPZ. *J. E. l. 2. D. 20. ſeqq. conf.* IDEM *l. 5. Rſp. 109. n. 5.* exiſtente verò conditione, ſponſalia valent, quod etiam dicendum, ſi conditio remiſſa ſit, qualis remiſſio quoque ex concubitu præſumitur *v. c. 3. X. de condit. appoſ.* CARPZ. *J. E. l. 2. D. 24. 25.* STRYK *de diff. ſponſ. Sect. 4. c. 1. §. 12. 13.*

§. 12. Quodſi conditio impoſſibilis vel turpis adjecta ſit, tum, juxta naturalem interpretationem, ſponſalia impetit. De jure tamen

men Canonico conditio turpis, quæ eſſentiam matrimonii non reſpicit v. gr. *nubam tibi, ſi prædatoriam exercueris,* pro non adjecta habetur, adeo ut ſponſalia, velut pura, valeant *c. fin. X. de condit. appoſ. v.* CARPZ. *d. l. 2. D. 23.* ſed cum, in tanti momenti negotio, liquidus conſenſus requiratur, merito illa ſanctio, quæ invitos in ſocietatem conjugalem cogit, pro abſurda & invalida habetur *v.* THOMAS. *in diſſert. de validit. conjug. invit. parent. contract. hab. Lipſ. 1689. §. 8.* STRYK *de diſſ. ſponſ. Sect. 2. §. 21. ſeqq. Sect. 4. c. 1. §. 15. ſeqq.* BRUNNEM. *J. E. l. 2. c. 16. §. 14. ibique* STRYK.

§. 13. Pœnam ſponſalibus non poſſe adjici, ſed talem claſulam, pro nulla, haberi, quidam cenſent *v.* BRUNNEM. *d. tr. l. 2. c. 16. §. 4. ibique* STRYK ſed in illum eventum pœna omnino, cum effectu, promitti poſſe videtur, ut ſponſalibus, uninus culpa, non procedentibus, pars læſa pœnam, loco ejus quod intereſt, exigat *v.* STRYK *de diſſen. ſponſ. ſect. 1. §. 13. 14.* Interim vix eſt, ut hæc mali ominis clauſula ſponſalibus adjiciatur.

§. 14. Utplurimum, facilioris probationis gratia, arrhæ ſponſalitiæ dari ſolent *l. 3. C. de ſponſ.* quas utraque pars, ſecuto matrimonio, retinet, ſi vero mors ſuperveniens matrimonium impediat, ab accipiente reſtitui debet *d. l. 3.* ſed iſtud non obſervari, verum non tantum arrhas acceptas retineri, ſed & promiſſas, à defuncti hæredibus, exigi poſſe docet STRYK *ad* BRUNNEM. *J. E. l. 2. c. 16. §. 4.* Ab arrhis differt ſponſalitia largitas, quæ datur ad amorem conciliandum, ſed in ea vel retinenda, vel repetenda, ſi mors ſuperveniat, idem juris eſſe videtur hodie, quod in arrhis ſponſalitiis, adeo ut diſpoſitio *l. 15. 16. C. de donat. propt. nupt.* forte non obtineat *v.* CARPZ. *J. E. l. 2. D. 51. n. 15.* OBSERV. LAUTERB. *Obſ. 746.*

§. 15. Effectus ſponſaliorum, pro horum diverſitate, diverſus eſt, nam clandeſtina obligationem non producunt in iis regionibus ubi pro invalidis habentur *v. §. 9. h.* quod etiam dicendum de ſponſalibus impuberum *v. §. 10. h.* Porro nudi tractatus, vi obligandi deſtituuntur *v.* CARPZ. *l. 2. D. 18. 174.* STRYK. *ad Br. J. E. l. 2. c. 16. §. 7.* Conditionata vero ſponſalia obligant, conditione impleta vel remiſſa *§. 11. h.* Ex puris verò ſtatim obligatio naſcitur, ob quam

da-

datur *actio de sponsu*, qua sponsaliorum consummatio, sive nuptiæ, aut, in subsidium, id quod interest, exiguntur *v.* STRYK *de diss. spons. Sect. 1. §. 8. seqq. Sect. 2. §. 1. seqq. conf.* SPECIM. JUR. ECCLES. *l. 4. c. 1. §. 19. seqq.* Ante consummationem verò desponsatis cohabitatio haut est permittenda CARPZ. *l. 2. D. 131.*

§. 16. Aliquando Sponsalia, *nulla declarantur*, aliquando *valida dissolvuntur*. Prius contingit, si necessaria requisita deficiant, nec ex postfacto sequantur, hinc si dolo, metu, aut ex ebrietate sponsalia sint inita, vel adjecta conditio deficiat, aut conditionis impossibilis adjectio, defectum consensus arguat, vel error efficax, quoad ea scilicet, quæ vel natura negotii, vel tempestiva agentium destinatio requirit, interveniat, tum sponsalia ab initio sunt nulla, &, si opus, à Magistratu talia declarantur *v.* STRYCK *de diss. spons. Sect. 2. §. 9. seqq. ad* BRUNNEM. *J. E. l. 2. c. 16. §. 12. p. 603.*

§. 17. Idem dicendum, si leges sponsalia, sub pœna nullitatis, prohibeant, aut in specie, si Parentum consensus deficiat, nam tum etiam sponsalia, nulla declarantur. Omnibus autem his casibus, si nulla contrahentium culpa interveniat, aut illi non sint sui juris arrhæ ab utraque parte restituendæ sunt; si vero alterius delictum interveniat, tum nocens, si sui juris sit, arrham restituit, ac propriam amittit, quæ parti læsæ relinquenda, nisi consvetudo loci Magistratui eam vindicet, præterea delinquentes arbitrarie possunt puniri *v.* CARPZ. *J. E. l. 2. D. 50. 51. 64.* STRYK *de diss. spons. Sect. 4. c. 5. §. 10.*

§. 18. Valida autem sponsalia solvuntur (1.) *morte*, quo casu arrhæ non restituuntur, nisi forte mortuus fuerit in mora *v. §. 14. h.* (2.) *unius renunciatione*, non quidem mere arbitraria, qualis jure Romano obtinuit *l. 1. C. de sponsal. l. 2. 5. C. de repud.* sed quæ justam causam præsupponat: nimirum si ea, casu vel alterius culpa, sequantur, quæ alter velut absutura consideraverat, tum à sponsalibus, licet juratis, recedi potest *v.* STRYK *de dissens. spons. Sect. 2. §. 39. 40.*

§. 19. Quodsi adeo, initis sponsalibus, homicidium voluntarium CARPZ. *l. 2. D. 177.* furtum non leve *D. 178. 179.* gravis & constans morbus *D. 180.* vitium vel mutilatio corporis *D. 181.* furor *D. 182. 183.*
scor-

ſcortatio *D. 184. ſeqq.* ſequatur, vel ſtuprum violentum, ſponſæ inferatur, aut illam morbus deformem, reddat, vel caſus bonis ſpoliet, tum altera pars, à ſponſalibus recedere poteſt, nam non aliter cenſetur conſenſiſſe, quam ſub conditione, ſi hactenus relata abfuerint *v.* STRYK *d. tr. Sect. 2 §. 41. ſeqq.*

§. 20. Quia vero hæ circumſtantiæ, iisque innexa conſentiendi ratio, illiquidæ eſſe ſolent, ideo diſſolutio judicialiter eſt facienda *v.* CARPZ. *l. 2. D. 175.* cum etiam diſſolutionis cauſa, hic ſaltem, ex defectu conſenſus, oriatur, ideo recte facit judex, ſi partem diſceſſuram, ad ſervanda ſponſalia, rationibus permoveat, eo præcipue caſu, quo, ſine alterius culpa, aliquid accidit STRYK *d. Sect. 2. §. 45.* Solutis ſponſalibus, arrhæ reſtituuntur, ſi neutrius culpa intervenerit, aliàs delinquens ſuas perdit, ac inſuper puniri poteſt STRYK *Sect. 4. c. 5. §. 10.*

§. 21. Sine cauſa, à ſponſalibus, alter recedere non poteſt, id quod, ex communi pactorum natura, intelligitur, hinc perfidus carcere ſimilibusque remediis, ad fidem implendam adigi debet CARPZ. *l. 2. D. 133.* inprimis ſi imprægnatio acceſſerit, tum enim, favore ſobolis, haut eſt dimittendus *v. c. 30. X. de ſponſ.* ob quam cauſam etiam gravida in bona abſentis mittitur CARPZ. *d. l. D. 135. 136.* Extra caſum tamen imprægnationis, ſi quis ſponſalia conſummare detrectet, ac ex violenta conjunctione, incommoda metuenda ſint, poteſt ille quidem dimitti *v. c. 2. 17. X. de ſponſal.* ſed parti læſæ ſatisfacere, ac arrharum diſpendium aliamque pœnam ſubire debet CARPZ. *l. 2. D. 64. 176.* STRYK *d. ſect. 2. §. 1. ſeqq. §. 46. ſeqq. ad* BRUNNEM. *J. E. l. 2. c. 16. §. 7. p. 591.*

§. 22. Poſſunt etiam Sponſalia, ex veriori ſententia, ſolvi (3.) *mutuo diſſenſu*, nam non alia hic ſubeſt obligatio, quam qualis ex alio pacto reſultat, ac indiſſolubilitas jure divino ſancita, ad nuptias pertinet *v.* STRYK *de diſſenſ. ſponſ. Sect. 3.* Interim contraria ſententia, in praxi, fere obtinet *v.* CARPZ. *J. E. l. 2. D. 173. 174.* Ex quibus facile expediri poteſt, an alterius perfidiam alter acceptare, ac à ſponſalibus recedere poſſit. Juxta primam ſententiam, id aſſerendum, juxta ſecundam, negandum erit.

§. 23. Quodſi ſponſus ſine cauſa abſit, tum eum, per biennium

vel triennium, expectandum esse putant *l. 17. ff. l. 2. C. de sponſ. l. 2. C. de repud. v.* LAUTERB. *C. J. de sponſ. lit. ɔ. n. 4.* BRUNNEM. *J. E. l. 2. c. 16. §. 9.* STRYK *de diſſenſ. ſponſ. Sect. 2. §. 50. Sect. 3. §. 1. 2.* Sed illi textus ſaltem oſtendunt, quid factum ſit, non quid fieri debeat, ſive agunt de *facto* non de *jure*. Hinc jure civili ſtatim ſponſa diſcedere potuit, quod etiam hodie dicendum, admiſſa ſententia priori *§. 22. h.* ſed juxta poſteriorem, opus erit proceſſu deſertionis *v.* STRYK *in not. ad Br. J. E. l. 2. c. 16. §. 9.* conf. SPECIM. JUR. ECCLES. *l. 4. c. 1. §. 35. ſeqq.*

§. 24. Aliquando etiam ſponſalia ſine effectu ſunt, ob *concurſum aliorum ſponſaliorum.* De quo ita fere habendum (1.) ſi ſponſalia publica concurrant, priora præferuntur; lædens tamen parti læſæ, arrhas & impenſas reddere, ac, ratione injuriæ illatæ, ſatisfacere debet, præterea etias proprias arrhas perdit, quæ parti læſæ, vel ſi conſvetudo hoc velit, Magiſtratui conceduntur *v.* CARPZ. *J. E. l. 2. D. 63. 64.* STRYK *de diſſenſ. ſponſ. Sect. 4. c. 4. §. 12.* Atque illa procedunt, licet (2.) poſterioribus acceſſerit copula carnalis CARPZ. *d. l. D. 65.* STRYK *d. Sect. 4. c. 2. §. 1. ſeqq.*

§. 25. Quodſi autem (3.) poſteriora per hierologiam ſint confirmata, tum prioribus præferuntur CARPZ. *d. l. D. 66.* quo caſu tamen parti læſæ erit ſatisfaciendum, juxta modum proxime expoſitum. De cætero aſſertio illa, non adeo certa eſt, licet enim priora ſponſalia nondum ſint ipſum matrimonium, quod aliqui volunt, attamen id hypotheſes papales nimis olet, quod ob hierologiam doloſe obtentam, poſterioribus ſponſalibus prærogativa tribuatur *add.* STRYK *d. Sect. 4. c. 2. §. 5. ſeqq.*

§. 26. Rectius (4.) Sponſalia poſteriora præferuntur, ſi prior ſponſa hierologiæ ſuſcipiendæ non contradixerit, tum enim ſilentio ſuo, ſibi illa præjudicat, tam ratione ſponſaliorum, quam imprægnationis, ſi forte hæc acceſſerit *v.* STRYK *d. tr. Sect. 2. §. 51.* Quemadmodum etiam (5.) poſterioribus ſponſalibus prærogativa debetur, ſi ea iniens, à prioribus, ob ſupervenientem aliquem caſum, recedere jure potuit STRYK *d. tr. Sect. 4. c. 2. §. 10. ſeqq.*

§. 27. Si (6.) clandeſtina & publica ſponſalia concurrant, hæc præferuntur, niſi illa ſint priora ac cum imprægnatione conjuncta

CARPZ.

CARPZ. *l. 2. D. 67. seqq.* STRYK *d. Sect. 4. c. 3.* Sed hæc assertio non ita indistincte procedere videtur, nam si sponsalia, clandestina sint, ob defectum consensus Parentum, tum per copulam carnalem, invitis parentibus, non fiunt valida *v. §. 8. h.* si verò, ob defectum testium, talia sint, tum doctrina allata, in iis locis saltem admittenda erit, ubi clandestina sponsalia pro invalidis, seposita imprægnatione, habentur *v. §. 9. h.*

§. 28. Ulterius (7.) pura sponsalia præferuntur conditionatis, licet prioribus *c. un. de Sponf. in 6.* CARPZ. *l. 2. D. 70.* sed juxta rationes juris generales, conditionata priora præferri debebant *v.* STRYK *d. tr. Sect. 1. §. 35.* Quodsi (8.) prioribus conditionatis copula carnalis accesserit, tum illa præferuntur, quia per concubitum conditio remittitur *v. §. 11. h. add.* STRYK *d. tr. Sect. 4. c. 4.* Ex his principiis (9.) sponsalia, pacto de sponsalibus priori, quoque erunt præferenda *v.* STRYK *d. tr. Sect. 1. §. 33. 34.* (10.) Si sponsalia conditionata concurrant, prioribus debetur prærogativa *v.* STRYK *Sect. 4. c. 4. §. 8.*

§. 29. Qui plura sponsalia celebrat, is non tantum parti læsæ ad satisfactionem tenetur, quod hinc inde jam admonitum, sed & arbitrarie puniri potest, non tamen pœna bigamiæ, præterea quoque infamiam incurrere dicitur *l. 1. 13. §. 2. de his qui not. infam.* *v.* STRYK *d. Sect. 4. c. 5.* *v.* CARPZ. *p. 2. qu. 67.* Si quis, post sponsalia clandestina, publica ineat, deinde cum sponsa clandestina concumbat, is, velut adulter, relegatur ex doctrina RICHTERI *p. 2. Dec. 88. n. 50.* Si vero copula carnalis, publica sponsalia antecesserit, ac post ea repetita fuerit, prior pœna cessat, quia concubitus sponsalia clandestina reddit valida, adeoque secutis publicis efficaciam detrahit, hinc concubitus cum priore repetitus, pro adulterio, in sponsam posteriorem commisso, haberi nequit *v.* STRYK *d. l. §. 11.* Sed illa saltem procedunt iis in locis, in quibus clandestina sponsalia regulariter non valent. *conf.* SPECIM. JUR. ECCLES. *l. 4. c. 1. §. 49. seqq.*

CAPUT II.
DE CONJUGIO.

SUMMARIA.

§. 1.



Ponsalia sequi debent *nuptiæ*, ex his oritur *Conjugium* sive *Matrimonium*; Illa & istæ, notant *pacta*, hoc verò *statum* seu *societatem*, quæ ex illis oritur. Est ergo Conjugium, *Societas, à Viro & fœmina habili, consensu vero, ac per hierologiam similemve actum, confirmato, ob procreationem sobolis & individuam vitæ consvetudinem, inita v. l. 1. de R. N.* RÆVARD. *Conject. l. 2. c. 11.* DONELL. *Comm. Jur. civ. l. 13. c. 18. lit. F. f. ibique* HILLIG. EKHOLDT *ad ff. de R. N.*

§. 2. Divisiones matrimonii, quod sit (1.) Publicum & clandestinum (2.) Ratum sed non legitimum; legitimum sed non ratum; ratum & legitimum simul (3.) Justum & injustum (4.) Verum & Præsumtum (5.) Inchoatum perfectum & Consummatum *v.* LAUTERB. *C. J de R. N.* nec per omnia satis accuratæ, nec alicujus usus sunt, nam illa sola societas, pro matrimonio haberi debet, quæ omnibus requisitis constat, ac legitime probari potest. Interim verum est, quod aliquando sponsalia idem operentur, quod matrimo-

monium *v. Decis. Saxon. 49.* aut quod aliquando, ad effectum aliquem producendum, opus sit matrimonio consummato *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 153. seqq.*

§. 3. Fit matrimonium *consensu matrimoniali*, sive *nuptiis*. Requiritur ergo (1.) ut consensus sit *verus*, hinc illi qui usu rationis destituuntur, aut ad generandum inhabiles sunt, vel lege prohibentur, consentire nequeunt: Quodsi tamen leges, sub pœna nullitatis matrimonium haut prohibeant, tum ineundum quidem impeditur, ast contractum toleratur, exacta alia pœna (2.) *serius*, ergo jocosus dolo, metu vel errore efficaci elicitus consensus, nullius effectus est *v. l. 21. 23. 30. ff. l. 13. 14. C. de nupt. c. 24. 26. X. de spons.* si quis tamen serio semel consenserit, is, ad consummanda sponsalia, vi justa recte adigitur *v.* CARPZ. *J. E. l. 2. D. 132. seqq.* STRYK *de diss. spons. sect. 2. §. 1. seqq.*

§. 4. Porro requiritur (3.) *plenus*, hinc parentum quoque consensus accedere debet, qui tamen etiam sine causa dissentire non possunt, id quod omne, non ex rationibus juris Romani, sed æquitatis, hodie dijudicandum est *v.* CARPZ. *l. 2. D 38. seqq. add.* LAUTERB. *C. J. de R. N. lit. c.* (4.) *interveniente hierologia declaratus*, nam hic solus consensus, apud plerasque gentes christianas, matrimonialis esse videtur, quamvis alicubi, coram Magistratu, vel Notario & testibus, consensus declarari soleat *v.* MULLER *dissert. de Hierolog. sect. 7.*

§. 5. Ineunt matrimonium *Vir* & *uxor v. l. 3. C. solut. matrim.* HILLIG. *ad Don. l. 13. c. 18. lit. m. m.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 759.* Hermaphroditi, explorato sexu, quoque admittuntur CARPZ. *l. 2. D. 16.* De cætero singuli quidem, ad matrimonium ineundum, præcise non obligantur, nulla tamen lege humana simpliciter illud etiam interdici potest *v.* CARPZ. *l. 2. D. 2.* Polygamia jure humano *l. 2. C. de incest. nupt. l. 18. C. de adulter. Ord. Crim. art. 121.* & divino positivo universali *Gen. 2. 24.* prohibita est, ex receptiori sententia, imo non improbabiliter, ex ipso jure naturali, prohibitio repetitur *v.* OBSERV. PUFEND. *Obs. 488.*

§. 6. In contrahentibus requiritur (1.) usus rationis (2.) pubertas *v. pr. I. de nupt.* CARPZ. *J. E. l. 2. D. 12.* (3.) aptitudo generandi (4.) juste, quoad consangvinitatem & affinitatem, distantia, quam sequenti

 capi-

capite explicabimus. Aliquando etiam, ex rationibus politicis, leges positivæ matrimonia, quoad certas personas, prohibent, quod non præsumitur sed probari debet *v.* STRYK *ad Br. J. E. l. 2. c. 16. §. 18. 19.* In specie Clericis, diversæ religionis consortibus, Nobilibus cum plebejis, sexagenario cum juvencula, adultero cum adultera matrimonium inire licet *v.* CARPZ. *J. E. l. 2. D. 4. seqq. add.* LAUT. *C. J. de R. N. lit. S.*

§. 7. Viduis etiam, ad secundas nuptias, transire licet *v. c. 4. 5. X. de secund. nupt. tot. tit. C. eod. Nov. 2. c. 2. §. 1.* modo tempus, luctui destinatum, elapsum sit *v.* CARPZ. *d. l. D. 158. seqq.* &, quod primario considerandum, de morte prioris conjugis, ex legitimis indiciis, constet CARPZ. *d. l. D. 166. seqq.* Quodsi prior conjux, præter opinionem, revertatur, tum conjugem recipere potest, sed non tenetur, sive culpa conjugis, ad secunda vota transeuntis, intervenerit, sive non, quamvis quoad posterius, aliis contrarium placeat *v.* STRYK *d. diss. spons. sect. 5. §. 30. seqq.* si, cum de morte dubium esset, prævio desertionis processu, nuptiæ novæ, secutæ sint, conjugis forte revertentis nulla habetur ratio CARPZ. *d. l. D. 170.*

§. 8. Quod conjux superstes, cum liberis prioris matrimonii, hæreditatem paternam vel maternam nondum diviserit, id regulariter secundas nuptias non impedit CARPZ. *d. l. D. 171.* etsi recte hoc constitui possit *v.* BRUNNEM. *J. E. l. 2. c. 17. §. 10. ibique* STRYK *in not.* Promissio etiam viduitatis, priori conjugi facta, nullius momenti est CARPZ. *d. l. D. 172.* si tamen vel prior conjux, vel tertius, superstiti conjugi legatum vel hæreditatem, sub conditione viduitatis, relinquat, tum vel nuptiis secundis abstinere, vel lucro carere debet *Nov. 22. c. 44.* quoad primas autem nuptias, talis conditio, pro non adjecta, habetur *v. l. 62. 63. 64. 79. §. fin. de condit. & demonstr. v.* SPEC. JUR. ECCLES. *l. 4. c. 2. §. 1. seqq.*

§. 9. Executionem actus matrimonialis quod attinet, solent aliquando desponsati ad eam cogi *v.* CARPZ. *J. E. l. 2. D. 103. seqq. D. 134.* regulariter verò, sine coactione, illa suscipitur, ubi quidem *proclamatio* seu *bannum nuptiale* antecedit, quod est *publica nuptiarum ineundarum denunciatio, eo fine facta, ut ii, qui nuptias oppugnare se posse putant, tempestive contradicant, aut postea taceant v. c. fin. X. de cland. desponsf.* DN. D. BORN. *disput. de bann. nupt. hab. Lips. 1693.*

§. 10. In-

§. 10. Introducta est illa proclamatio jure humano *v.* BORN *d. disp. §. 4. seqq.* MULLER *dissert. de Hierolog. Sect. 4. §. 1. seqq.* hinc, dispensante Principe, aliquando contrahitur vel plane omittitur CARPZ. *d. l. D. 139. seqq.* BRUNNEM. *J. E. l. 2. c. 16. §. 6. ibique* STRYK *in not.* Peragit vero eam Parochus illius parochiæ, in qua nuptiarum solennia celebranda sunt, ad petitionem sponsi, honorarium aliquod offerentis *v. art. gen. Saxon. 26.* CARPZ. *J. E. l. 1. D. 111.* Quo facto inquirere debet Parochus, an aliquod subsit nuptiarum impedimentum, illudque, si res sit dubia, Consistorio denunciare *v. art. gener. Saxon. 13.* CARPZ. *l. 2. D. 138.* BORN. *d. disp. §. 8. seqq.*

§. 11. Fit proclamatio ex suggestu, consveta formula, & quidem de octiduo in octiduum, trina vice; Si desponsati, alibi nati sint, in loco quoque nativitatis regulariter illa fieri debet *v. Ord. Eccles. Saxon. 1624.* tit. *von der copulation* D. BORN. *d. disp. §. 12. seqq.* Scopus ejus politicus est, ut is, qui causas contradicendi se habere existimat, tempestive intercedat, quæ intercessio, etiam post tertiam denunciationem, fieri potest. Post peractam hierologiam vero intercedens amplius non auditur, salva nihilominus pœna, qua Magistratus contrahentes afficere potest *v.* BORN *d. disp. §. 18. 19.*

§. 12. Quodsi, facta proclamatione, contradictor existat, res differenda, ac contradictionis causa discutienda est, quæ si frivola appareat, turbata solennitas absolvitur, ac turbator, ratione damni & injuriæ, satisfacere tenetur *v.* ANONYM. *dissert. de injur. quæ nov. nupt. infer. sol. Quedlinburg 1699. impress. membr. 2.* si vero justa causa sit, ac contradictor de jure suo nihil remittat, tum, nuptiis omnino impeditis, delinquentes condigna pœna afficiuntur, ac læso, pro ratione juris competentis, satisfactionem præstare debent.

§. 13. Omissa proclamatione, nuptiæ secutæ, non quidem sunt invalidæ, contrahentes tamen arbitrariè puniuntur D. BORN *d. l. §. 22.* Personæ illustres & Nobiles, sine ea, nuptias recte celebrant, ut & ii, quibus necessitas eam adhibendi, à Principe remissa est: In casu necessitatis, etiam sine dispensatione, illa licite omittitur CARPZ. *l. 2. D. 139. seqq.* D. BORN *d. l. §. 23. 24.* Quodsi proclamatio, ex concessione Superioris, omissa, vel contracta sit, tum is, qui contradicendi causas habet, etiam post hierologiam admittendus videtur, quia ordina-

dinarium contradicendi tempus, ſine ipſius culpa, ei interceptum eſt *v. c. 6. X. qui matrim. accuſ. poſſ.* *v.* D. BORN *d. l. §. 25.* niſi forte hoc ei obſtat, quod proclamationem, velut rem, arbitrio Imperantis ſubjectam, conſiderare, adeoque etiam non provocatus, rerum ſuarum ſatagere debuerit.

§. 14. Proclamationem ſequitur *Hierologia*, qua *conſenſui matrimoniali benedicitur ac deſponſati, in arctiſſimam ſocietatem, conjunguntur.* Facit igitur conſenſus quidem nuptias, ſed nullas conſenſus, pro matrimoniali habetur, niſi qui hierologiæ indicio cognoſcitur. Nec obeſt, quod effectus nuptiarum, v. g. legitimitas liberorum, etiam ante hierologiam quandoque adſint *v.* MULLER *de hierolog. ſect. 1. §. 9.* nam ejusmodi effectus, ex diſpoſitione legis humanæ, ſponſalibus & nuptiis poſſunt eſſe communes, quemadmodum etiam, ex ſanctione humana concubitus vel conſcenſio thori, ad certum aliquem effectum producendum, aliquando requiritur.

§. 15. Requiritur hierologia non quidem jure divino, ſed humano, cui ſubditi ſe ſubmittere debent, Imperantes verò ſolent, adeo ut matrimonium, ante hierologiam, illi non agnoſcant *add.* CARPZ. *J. E. l. 2. D. 142.* MULLER *de Hierolog. ſect. 1. §. 1. ſeqq.* Quæcunque adeo etiam hierologiæ ſit origo *v.* SELD. UXOR *Ebraic. l. 2. c. 28. ſeqq.* aut licet quoque Clerus papalis, ad ſtabiliendum matrimonii ſacramentum, eadem fuerit abuſus *v.* ZIEGLER *ad Lancell. l. 2. tit. 12. §. 11.* attamen illud rationi eſt conſentaneum, ut non alius conſenſus, pro matrimoniali, habeatur quam qui liquidiſſimo aliquo indicio cognoſcitur *v. §. 4. n. 4. h.*

§. 16. Peragit hierologiam Parochus certæ alicujus Parochiæ, qua in re, privati Ordinationes Eccleſiaſticas obſervare tenentur *v.* CARPZ. *l. 2. D. 148.* poteſt etiam illa, à diverſæ religionis Parocho, in caſu neceſſitatis, expeti *v.* MULLER *de Hierol. ſect. 2. §. 1.* circumſpecte tamen miniſtri Eccleſiæ agere debent, ne quibusvis hierologiam impertiantur *v.* CARPZ. *l. 2. D. 71. n. 14.* MULLER *d. ſect. 2. §. 2. 3.* Hierologia, à depoſito Eccleſiæ miniſtro paracta nullius videtur eſſe effectus, licet, ex hypotheſibus papalibus, aliud forte dicendum ſit.

§. 17. Illæ ſaltem perſonæ, benedictione ſacerdotali, conjungi poſ-

possunt, quæ ad matrimonium sunt habiles MULLER *d. dissert. sect.* 3. Non igitur in specie impotens, licet sponsa consentiat, utut quibusdam ita videatur MULLER. *d. sect.* 3. §. 6. CARPZOV. *l.* 2. *D.* 202. *n.* 1. 2. 3. Quodsi matrimonium initum, ob aliquam causam, vel nullum declaretur, vel dissolvatur, & separati conjuges, mutato consilio, deinceps iterum cohabitare velint, hierologia, imo etiam proclamatio est repetenda; aliud dicendum foret, si ante sententiam judicialem, matrimonium sese continuaturos esse, illi profiteantur *v.* MULLER *d. l.* §. 7. BERGER *in resolut.* LAUTERB. *de divort. & repud.*

§. 18. Potest hierologia eodem fieri die, quo tertia proclamatio peracta *v.* D. BORN *de bann. nuptial.* §. 19. & regulariter quidem in templo eadem est instituenda, nisi justa causa exceptionem admittat vel dispensatio accesserit CARPZ. *J. E. l.* 2. *D.* 143. *seqq.* MULLER *de hierolog. Sect.* 4. §. 6. *seqq.* Tempore Quadragesimæ & adventus Domini, nuptiarum solennia, in nonnullis locis, fieri non debent, quemadmodum etiam nuptiæ ita instituendæ sunt, ne tertia dies, in festum ascensionis Christi incidat CARPZ. *d. l. D.* 151. *seqq.* MULLER *d. Sect.* 4. §. 9.

§. 19. Ceremoniæ, circa actum nuptialem adhibendæ, ex ordinationibus Ecclesiasticis & consvetudine dependent *v.* MULLER *d. l.* §. 9. *seqq.* Nonnullis formula: *crescite & multiplicamini*, circa conjunctionem effoetorum, incommode adhiberi videtur MULLER *d. l.* §. 11. D. FALCKNER *dissert. de paroch. c.* 3. *memb.* 2. §. 10. sed quamdiu illi à matrimonio non arcentur, tamdiu consveta formula etiam retineri potest. Aliquando sponsa ad sinistram manum, in conjugii inæqualis indicium, conjungitur MULLER *d. l.* §. 13. STRYK *ad Br. J. E. l.* 2. *c.* 16. §. 6. *p.* 588. Nonnunquam etiam consvetæ ceremoniæ omittuntur CARPZ. *l.* 2. *D.* 150.

§. 20. Illud quæritur, an sponsa, per copulam sacerdotalem, sponso conjuncta, hoc, ante concubitum, mortuo, sertum virginitatis portare queat, si ad alias nuptias transeat? quod asseritur apud CARPZ. *p.* 3. *C* 19. *D.* 11. eo casu, si ante ingressum thalami, maritus mortuus sit *v.* MULLER *d. Sect.* 4. §. 9. Sed JCti Lipsienses etiam hoc casu illud negant, in responso *anno* 1692. emisso, quod ANONYMUS §. 12. citatus, refert *membr.* 3. *n.* 119. quæ sententia probabilior videtur, serta enim

ſunt ſigna virginum, quæ neque concubitum paſſæ ſunt, neque jus concumbendi habent.

§. 21. Hierologiam ſequitur convivium nuptiale ac conſtans conjugum cohabitatio *v.* CARPZ. *l. 2. D. 149. 157.* MULLER *d. Sect. 4. §. 23. 24.* ſi ante eam deſponſati concumbant, delinqunt quidem, ſed delictum non adeo grave, nec gravi pœna coercendum eſt *v.* CARPZ. *J. E. l. 3. D. 76. ſeqq.* inprimis pœnitentia eccleſiaſtica iis recte remittitur CARPZ. *d. l. D. 88.* MULLE● *de hierolog. Sect. 5.* licet non nulli, ex hypotheſi non concedenda, diſſentiant *v.* BRUNNEM. *J. E. l. 2. c. 19. §. 26. ibique* STRYK *in not.* Nec hoc, grave facinus cenſeri poteſt, quod ſponſa gravida virginitatis coronam geſtaverit, ſed, ei coercendo, ſecutum ludibrium fere ſufficit. Aliquando, in ignominiam novorum conjugum, ſtramen conciſum ſpargitur, vel ligatura magica, maritus impotens, ceu vulgò ferunt *v.* CARPZ. *l. 2. D. 202.* redditur, de quibus injuriis ANONYMUS *§. 12.* adductus, agit.

§. 22. Effectus hierologiæ eſt, quod illa conjugium indicet, modo illud ſuis requiſitis conſtet, nam horum defectum illa ſupplere non debebat, licet ei plus, quam par eſt, ſoleat tribui *v.* MULLER *Sect. 6. §. 2. ſeqq.* Poſito autem conjugio, effectus conſveti, qui vel ex jure divino, vel humano dependent, ſequuntur, quorum adeo conſideratio, non tam ad hierologiam *v.* MULLER *d. Sect. 6.* quam matrimonium in genere, pertinet; quod etiam dicendum de contrariis, de quibus MULLER *d. diſſert. Sect. 8.* quæ itidem totum conjugium reſpiciunt *conf.* SPECIM. JUR. ECCLES. *l. 4. c. 2. §. 19. ſeqq.*

§. 23. Finis conjugii eſt (1.) *propagatio generis humani* (2.) *extinctio libidinis* & (3.) *mutuum adjutorium.* Primus principalis eſt, adeo ut, ſi ille judicio humano obtineri non poſſit, ceu circa Eunuchos accidit, matrimonium non ſit concedendum, nec ei defendendo, duo reliqui ſufficiant, licet nonnulli aliter ſentiant *v.* BRÜCKNER *Deciſ. matrim. c. 11.* Debet ergo inter conjuges ſequi concubitus, quo finis principalis, quantum in ipſis eſt, obtineatur, non tamen ille ad *perfectionem* ſed *conſummationem* conjugii pertinet, etſi negari nequeat, quin, accedente concubitu, ſocietas conjugalis arctior ſit, imo nonnulli effectus inde dependeant.

§. 24. Con-

§. 24. Conjugium legitime initum, est *indissolubile*, adeo ut neque mutuo conjugum consensu, nec ob alias causas supervenientes, indistincte possit solvi, de quo *c. 5.* specialius agendum erit. Censetur autem illa indissolubilitas ex jure divino positivo universali dependere *Gen. 2, 24, Matth. 19.* quamvis tam de ejus *veritate*, quam *sensu*, multiplex Scriptorum sit concertatio. Non improbabile est, si divortia ipso jure naturali prohibita dicamus *v.* OBSERV. PUFEND. *Observ. 489. seqq.* Ex illa autem indissolubilitate consequitur, quod conjuges utriusque fortunæ debeant esse participes *v. l. 22. §. 7. solut. matrim.* quodque recedens, ad cohabitationem conjugalem, sit compellendus *v. c. 13. X. de restitut. spoliat.*

§. 25. Præterea alii effectus conjugium sequuntur, qui vel ex societatis hujus indole, vel speciali pacto, vel legibus positivis dependent. Marito competit potestas vel imperium in uxorem, quod tamen, ex natura hujus societatis, in solo jure dirigendi quod ei, velut prudentiori, merito asseritur, consistere videtur, nec putem plus juris ei, jure divino revelato, tributum esse *v. Gen. 3. 16. Ephes. 5. 22. seqq. 1. Cor. 11, 3. v. can. 15. c. 33. qu. 5.* Certe ad facultatem verberandi non extenditur, hinc ob verbera uxori illata, maritus merito punitur *v. Nov. 117. c. 14.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 765.* conf. CARPZ. *J. E. l. 2. D. 221. Pr. Crim. p. 1. qu. 12. n. 51. p. 3. qu. 111. n. 83.*

§. 26. Potest etiam maritus adversus Patrem agere ad exhibendam uxorem *l. 2. de lib. exhib.* quemadmodum, in uxoris corruptores, actio ei conceditur *v. l. 14. §. 1. de serv. corr.* contra ipsam quoque uxorem datur actio præjudicialis *v. l. 3. §. 4. de agnosc. & alend. lib.* sed omnium harum actionum, rarissimus in foro videtur esse usus. Tenetur quoque maritus uxorem defendere *l. 2. de injur.* ægrotæ curam gerere *v. l. 22. §. 8. solut. matrim.* eam alere, ac mortuam suis sumtibus sepelire, sed ad omnes has præstationes pecuniarias, in subsidium saltem obligatus est *v. d. l. 22. §. 8. solut. matrim. l. 29. C. de jur. dot. l. 18. de oper. libert. l. 28. de religios.* DONELL. *l. 13. c. 21.*

§. 27. Uxor mariti socia est *l. 4. C. de crim. expil. hered.* eique reverentiam *v. l. 14. §. 1. solut. matrim. l. un. §. 7. C. de R. U. A.* & operas auxiliumque *l. 48. de oper. libert.* exhibere tenetur *v.* CARPZ. *p. 2. C. 25. D. 15.* Sequitur illum quoad nomen *v. l. 195.*

 §. fin.

§. fin. de V. S. dignitatem *v. l. 8. 12. de ſenat. l. 13. C. de dignit. l. 10. C. de nupt.* & domicilium eique innexum forum *l. 65. de judic.* ſi tamen ſponſus, ſe in domicilio ſponſæ eſſe manſurum, promiſerit, tum conventioni quoque ſtare debet, niſi urgens cauſa illum aliò vocaverit *v. l. 38. pr. de ſolut.* RICHTER *p. 1. Dec. 9. n. 5.* RODENBURG *de jur. conjug. tit. 4. c. 1. p. 148. ſeqq.* quidam tamen ejusmodi pactum, plane invalidum cenſent *v.* HEIG. *p. 2. qu. 14. n. 8.* nec videtur ſane ejus ineundi magna ſubeſſe cauſa. Imperantium conjuges, forum maritorum non ſequuntur *v.* SPEC. JUR. PUBL. *l. 5. c. 7. §. 7.*

§. 28. Ex indiſſolubili illo vinculo etiam ſequitur, quod uxor maritum relegatum ſequi debeat, hinc coactio quoque erga invitam adhiberi poteſt, quam non recte negat RICHTER *d. Deciſ. 9. n. 8.* tantus tamen obligationis illius rigor non eſt, ut non ad tempus aliquod uxor à viro abeſſe queat *v.* HEIG. *d. p. 2. qu. 14. in fin.* CARPZ. *p. 3. qu. 130. n. 44.* RICHTER *d. l. n. 10. 11.* Ex eadem ratione uxor vagabundum quoque ſequi tenebitur, licet iſtam conditionem ignoraverit, quamvis alii diſſentiant HEIG. *d. l. n. 10.* PERETZ *ad. C. de nupt. n. 21.* interim ſatius fuerit, hoc caſu maritum, auxilio Magiſtratus, ad ſaniorem mentem & fixam ſedem revocare, quam uxori ſequendi neceſſitatem imponere.

§. 29. Habent etiam conjuges aliquod jus mutuum in bona, circa quod tamen ſtatuta & pacta, diverſa eſſe ſolent *v.* MULLER *de hierolog. Sect. 6.* liberi in matrimonio procreati, cenſentur eſſe legitimi, licet conjugium ſit invalidum, modo ſubſit juſta ignorantia *v. l. 57. de R. N.* STRYK *de diſſenſ. ſponſ. Sect. 5. §. 68. ſeqq.* D. BORN. *de bann. nupt. §. 21.* liberi naturales, per ſubſequens matrimonium fiunt legitimi: Patri, in liberos legitimos vel legitimatos, competit patria poteſtas: Conjugis cognati, alteri fiunt affines, quos effectus, locis propriis, plenius conſiderabimus *add.* LAUTERB. *C. J. de R. N.*

CAPUT

CAPUT III.
DE CONSANGVINITATE ET AFFINITATE.

SUMMARIA.

§. I.



IN personis conjugium inituris, præcipue requiritur, ne nimia consangvinitate vel affinitate sint conjunctæ *v. c.* 2. §. 6. Utriusque igitur *indoles* & *moralitas* penitius paulo spectanda erit. *Consangvinitas*, vel ipso nomine submonente, est *communio sangvinis earum personarum, quarum una alte-*

ram vel generavit, vel quæ ex eadem ſtirpe deſcendunt. Intelligitur adeo *naturalis*, ſed *civilis*, quæ ex adoptione *l. 4. §. 2. de grad.* & *ſpiritualis*, quæ ex ſuſceptione è baptismo oritur *v. l. 26. C. de nupt.* huc non pertinet, illius enim, in re matrimoniali, exiguus, hujus, nullus hodie eſt uſus *v.* CARPZ. *J. E. l. 2. D. 74.* STRYK *ad Br. J. E. l. 2. c. 16. §. 19.*

§. 2. Dividitur conſangvinitas (1.) in *agnationem*, quæ à mare, & *cognationem*, quæ à fœmina habet originem *§. 1. I. de legitim. agnat. tutel. v.* CARPZ. *Arb. conſangv. poſit. 7. c. 1.* Agnati plerumque idem gerunt nomen, in ſucceſſione tamen geradica, ſola origo, non nominis identitas, attenditur. Intuitu conjugii, diſcrimen illud nullius eſt effectus (2.) in *legitimam*, quæ ex juſto matrimonio, & *illegitimam*, quæ ex illicita conjunctione oritur *v. l. 4. §. 2. de gradib.* quæ, quoad impediendas nuptias, eundem habet effectum, quem illa, modo de ea conſtet.

§. 3. Quo plures perſonæ generantur, eo magis conſangvinitas extenditur, quia verò communio ſangvinis, in omnibus, æqualis eſſe nequit, hinc in conſangvineis diverſa eſt *diſtantia*, adeo ut alius *proximior*, alius *remotior* ſit, id quod omne, ex diverſitate generationis dependet, nam quo magis hæc continuatur, eo magis, diviſâ ſtirpe, communio ſangvinis extenuatur, adeo ut tandem plane evaneſcat, vel ſaltem effectum amplius, in vita civili, non habeat.

§. 4. Quo ergo conſangvineorum diſtantia eo rectius intelligatur, ſolent illi in certo aliquo *Schemate* repræſentari, ac, juxta ejus ductum, computari. Ejusmodi Schema communiter *Arbor conſangvinitatis* dicitur, quanquam in jure Saxonico *Landr. l. 1. art. 3.* ſub *Figura Hominis*, conſangvinei, ſed valde inadæquate, repræſententur. Sunt autem Schemata illa, vel *ſpecialia*, quæ pro ratione perſonarum, de quarum conjunctione quæritur, formantur, vel *generalia*, in quibus alicujus hominis cognatio, aſcendens, deſcendens & collateralis, usque ad certos gradus, exhibetur, qualia paſſim occurrunt.

§. 5. Specialia facile formari poſſunt, cum in iis ſaltem perſonæ, de quarum cognatione quæritur, earumque ſtirps communis, adduci debeant, de cætero ad docendum ſunt aptiſſima, cum multitudine perſonarum animus diſcentis non obruatur. Nihilominus tamen etiam

Ge-

Generalia, debent esse cognita: In iis ergo occurrit (1.) *persona*, de cujus cognatione quæritur, quæ nomine arbitrario insigniri potest, ac utplurimum *Protheus* dicitur, habetque suam sedem in medio schemate (2.) *Stirps* sive *stipes communis*, à quo tota cognatio dependet, qui supremum locum occupare debet, licet figuræ arboris id non satis conveniat. Quodsi unius personæ totam posteritatem saltem repræsentare velis, tum stirps cum Protheo coincidit.

§. 6. Ulterius (3.) *Gradus*, i. e. locus ex generatione ortus *v. l. 10. §. 10. de grad.* (4.) *linea* sive variorum graduum, personarumque ibi contentarum complexus. Dividitur illa in *rectam*, quæ parentes & liberos, ac *collateralem transversam* vel *obliquam*, quæ cognatos, ex eadem stirpe ortos, sed à se invicem non dependentes, continet *v. l. 9. de grad.* Prior est iterum vel *ascendens*, in qua Parentes, vel *descendens*, in qua liberi existunt; Posterior, est vel *æqualis*, in qua personæ, à stipite communi, æqualiter, vel *inæqualis*, in qua inæqualiter distantes reperiuntur, hæc itidem *ascendens* & *descendens* est. Eadem linea, pro diverso respectu, *recta* & *collateralis* esse potest.

§. 7. His positis, distantia cognatorum, juxta jus Romanum, hac regula investigatur: *quot sunt generationes, tot sunt gradus v. §. 7. I. de grad. l. 10. §. 9. ff. eod.* quæ in linea recta & collaterali obtinet. Sed, jure Canonico, ex communi sententia, illa solum, ad lineam rectam, referenda, in collaterali verò, his regulis utendum est (1.) *quoto gradu, in linea æquali, altera personarum, distat à communi stipite, toto distant inter se (2.) quoto gradu, in linea inæquali, remotior persona, à stipite abest, toto gradu, à collaterali quoque sejungitur* sive *remotior persona ad se trahit propinquiorem.*

§. 8. Censetur igitur Jus Canonicum, ab uno saltem latere, collateralium gradus numerare, cum è contrario, in iis computandis, jus civile utriusque habeat rationem. Quæ dissonantia, in schematibus, vulgo depingi solitis, per numeros, supra & infra, singulis cellulis, adpositos, indicatur; circa quos observandum, quod omnes Protheum respiciant, nam ab hoc si ab eas, ac cæteras personas inter se compares, numeri illi plerumque fallent. De cætero computatio Cano-

nica

nica, absurditatis communiter insimulari solet *v.* SCHILTER *de L. E. G. l. 3. C. 10. §. 10.*

§. 9. Enimvero si res penitius consideretur, probatu non adeo difficile est, jus Canonicum malè vulgo intellectum esse, ac illud computationi juris civilis, nulla in parte derogare, sed aliam collateralium computationem, nec ipsi juri Romano plane incognitam, ei saltem adjicere. Nimirum collaterales duplici modo considerari possunt vel (1.) *inter se*, quo respicit computatio Romana, vel (2.) intuitu *stipitis communis*, à quo descendunt, quem descensum observat Jus Canonicum.

§. 10. Hinc fratres *inter se*, distant *duobus gradibus*, quod præcipit jus Civile, nec dissentit Jus Canonicum; Ast ratione *stipitis*, sunt in *primo gradu*, seu *generatione*, quod Jus Canonicum addit, quo ipso non magis contradicit Juri civili, ac hoc sibi contrarium est, quando, plures fratres, vel alios cognatos æquales, *ejusdem gradus* esse dicit *v. §. fin. I. de capit. dimin. §. 5. I. de legit. agnat. success. l. 1. §. 2. de grad l. 2. §. 2. de suis & legit. hered. Nov. 118. c. 3. in fin.* Cæterorum omnium eadem est ratio: Posses adeò, terminis rectè intellectis, breviter dicere: jus civile numerare *gradus*, canonicum, *generationes.*

§. 11. Veritas nostræ sententiæ satis apparet ex *can. 2. C. 35. qu. 5.* nam Pontifex in eo totus est, ut ostendat, quod duo illi collateralium respectus *§. 9. 10.* notati, distingvi debeant, quoque jus civile primum, canonicum, secundum observet, hinc etiam concludit; *utramque computationem idem sensisse*, i. e. sibi invicem non esse contrariam, sed facile posse conciliari. Idem patet ex *can. 4. d. qu. 5.* ubi dicitur: *ego & frater meus una generatio sumus, primumque gradum efficimus nulloque gradu distamus* nempe ratione stipitis. *add. c. 3. fin. X. de consang. & affin.*

§. 12. Ex dictis etiam intelligi potest, quod nec computatio juris Saxonici *Land. l. 1. art. 3.* quæ etiam in *can. 1. qu. 5. C. 35.* occurrit, cum cæteris computationibus pugnet, sed facile cum iis conciliari queat, ceu rectè observat Pontifex in *d. qu. 5. can. 2. in fin.* Scilicet & illa computatio Saxonica numerat generationes, ac hactenus cum Canonica convenit, in eo vero ab hac discrepat, quod non

Pa-

Parentes, ſed *fratres*, truncum ſeu ſtipitem conſtituat, & ab hoc generationes numeret, quod tamen non valde argutum cenſeri poteſt.

§. 13. Certum igitur videtur, quod jus Canonicum, Civili neutiquam contradicat, aut ejus computationem prohibeat, hinc ejus etiam computatio neutiquam abſurditatis *v.* SCHULTZ *Arbor. Conſangv. c. 4.* CARPZ. *Arbor. conſang. diſp. 1. §. 12.* eſt inſimulanda. Non minus tamen certum eſt, quod duplex Collateralium reſpectus debeat diſtingvi, quodque computatio juris civilis & Canonici, ſit diverſa. Denique certum videtur, quod utraque computatio, in ſingulis caſibus, adhiberi queat, & inprimis, in numerandis gradibus, operoſus & ſubtilis eſt Paulus in *l. 10. de grad.* inſperſis quoque cognatorum nominibus *conf.* SCHULTZ *d. tr. c. 1. n. 24. ſeqq.*

§. 14. Quod tamen in ſpecie matrimonialia attinet, in iis magis expeditum eſſe videtur, ſi non tam *gradus* quam *generationes* numerentur, illique computationi prohibitio conjugii attemperetur, nam ſi, hoc poſito, remotior perſona, in generatione prohibita reperiatur, tum ſtatim intelligitur, matrimonium eſſe illicitum, id quod Pontifex in *d. qu. 5. can. 2.* verb. *in legibus ſi quidem* non male indicavit, hinc etiam, in jure Canonico, juxta iſtam computandi rationem, conjugii prohibitio eſt ſancita, id quod hodie etiam obſervari ſolet.

§. 15. Id tamen certo non dixerim, quod Pontifices propoſiti ſui ſemper fuerint memores, ac computationem graduum & generationum, accurate diſtinxerint. Obtinebat olim opinio, quod cognati, usque ad *ſeptimum gradum* computationis civilis, matrimonia inire non poſſent, quia usque ad illum gradum cognationis effectus, in ſucceſſionibus, conſpiciebatur *§. fin. I. de ſucceſſ. cognat. can. 1. 2. 17. 18. 19. qu. 2. C. 35.* SCHILT. *de L. E. G. l. 3. c. 10. §. 7. 8. 9.* Quodſi iſtam prohibitionem, ad generationes applices, tum matrimonia, in *quarta generatione*, prohibita ſunt, ſed pontifex, in *can. 2. qu. 5. C. 35.* verb. *ut nullam de propria conſangvinitate*, ſeptimam generationem inde exſculpere videtur *add.* SCHILT. *d. l. §. 10. 11. 12.*

§. 16. Hoc autem uti manifeſta graduum & generationum eſt confuſio, ita exinde, nimis ſe extendens, conjugii prohibitio exiſtit,

ex qua non potuerunt non variæ difficultates oriri, hinc *Innocentius* III. prohibitionem tandem, ad quartam generationem, revocavit *c. pen. X. de consang. & affin. c. 3. X. de cland. desponſ.* quæ etiam veterum ſententia fuiſſe, poſtea vero, per graduum & generationum confuſionem, turbata videtur *add.* ZIEGLER *ad Lancell. I. l. 2. tit. 13. §. 10. p. 460.* D. BEYER. *diſſert. de diſpenſ. circ. matrim. §. 28. 29.*

§. 17. Sicut autem in locum graduum, non recte ſurrogantur generationes, ita vice verſa cavendum, ne prohibitiones, generationibus attemperatas, de gradibus accipiamus, hæc enim manifeſta fuerit calumnia, eludendæ prohibitioni inventa. V. gr. ſi leges matrimonia prohibeant in ſecunda generatione, hoc male explicabitur, de fratribus & ſororibus, qui duobus gradibus inter ſe differunt. Atque huic calliditati inprimis obviam ire voluit Pontifex in *d. qu. 5. can. 2. in princ.* id quod hodie quoque, ubi computationem juris Canonici ſequimur, obſervandum erit.

§. 18. *Affinitas* eſt *attinentia inter maritum & uxoris cognatos, & uxorem ac mariti conſangvineos, ex conjugum concubitu, orta*, ſive generalius eſt, *extenſa, ad perſonas concumbentes, conſangvinitas*, quando enim mas & fœmina, per concubitum, in unam carnem coaleſcunt, tum ille hujus, & hæc illius cognationi velut inſeritur, hinc illius conſangvinitas ad hanc, & hujus ad illum extenditur, ſive ad concumbentes mutuo applicatur *add.* CARPZ. *de U. A. C. & A. c. 2. §. 16. n. 5.*

§. 19. Ex his ſequitur (1.) quod vero affinitas non contrahatur niſi per concubitum, ex ſponſalibus ergo illa non oritur *§. 9. I. de nupt.* niſi quoad effectus civiles *v. l. 8. de grad. l. 3. 4. de L. pompej. de parricid. l. 5. de teſti.* CARPZ. *d. tr. c. 2. n. 57.* (2.) quod nihil referat, ſive concubitus ſit legitimus, ſive illegitimus *v. l. 14. §. 3. de R. N. c. 10. Cauſ. 35. qu. 3. c. 2. X. de conſangv. & affin. tot. tit. X. de eo qui cogn. conſangv. uxor.* intuitu tamen effectuum civilium juſtæ nuptiæ requiruntur *l. 4. §. 8. de grad.* (3.) quod ſaltem inter virum & uxoris, ac hanc & illius cognatos affinitas contrahatur *l. 4. §. 3. de grad. c. 5. X. de conſangv. & affin.* (4.) quod ſolutis nuptiis, affinitas non tollatur, niſi forte quoad effectus civiles *§. 6. 7. I. de nupt.* in quibus, quatenus aſſerto noſtro contradicere videntur, affinitas abuſivè, pro matrimonio, accipitur.

§. 20.

§. 20. Computatur affinitas, ſecundum gradus conſangvinitatis, hinc hæc regula obtinet: *Quoto gradu quis eſt uxori cognatus, toto eſt marito affinis, & vice verſa.* Vulgo contendunt in affinitate non dari gradus *v.* CARPZ. *de U. A.C. & A.c.2.n.31.32.* ſed cum affinitas nihil aliud ſit quam ad alium extenſa conſangvinitas, adeoque per generationem eandem, uxor v.gr. accipiat cognatum, & maritus affinem, nulla gravis cauſa ſubeſſe videtur, quare non etiam in affinitate, gradus aſſeri queant, ſed de his non valde contendendum *v. l. 4. §. 5. l. 10. pr. de grad.*

§. 21. In Jure Canonico etiam *Genera affinitatis* aſſeruntur *v. can. 6. qu. 5. C. 35. c. 10. X. de conſangv. & affin.* quod inventum non plane rejici debet. Primum genus eſt *affinitas per cognatum*, ſecundum, *per affinem ex cognato*, tertium, *per affinem ex affine*, *excitata.* E.gr. Uxoris meæ *frater*, mihi eſt in *primo genere* affinitatis, quia, per cognatam ſuam, mihi jungitur: Illius *uxor*, in *ſecundo*, quia, per maritum, affinem meum ex cognata ſua, me attinet; Hujus *novus maritus*, in *tertio*, quia per uxorem, affinem meam ex affine, mihi connectitur. Sive: *privignus* meus, mihi eſt in *primo* genere, ejus *uxor* in *ſecundo*, hujus *novus maritus*, in *tertio.*

§. 22. Ultra tertium genus, nihil amplius numeratur, cum attinentia illa, nullius ſit effectus, imo ne tertium quidem genus obſervare neceſſe eſt, cum & illud effectu careat. Quando autem & quale affinitatis genus producatur, id rectius, in caſibus ſpecialibus, quam in genere judicari poteſt: Si tamen aliquid generaliter dicendum ſit, id manifeſtum eſt, certas nuptias, velut terminum à quo, eſſe ſupponendas, hoc facto, vel à parte *mariti*, vel *uxoris*, vel *illius* vel *hujus cognatorum*, intervenientes nuptiæ, novum genus producere poſſunt.

§. 23. E. gr. Mortua uxore, maritus ducit aliam, hæc mariti quidem cognatis perinde primo genere conjungitur, ac prima uxor, ſed hujus cognatis, nova uxor fit affinis in ſecundo genere. Vice verſa, ſi, mortuo marito, uxor nubat alii, tum hujus maritus novus, non quidem conjugis ſuæ, bene tamen prioris mariti cognatis, ſecundo genere conjungitur. Ulterius ſi mariti frater uxorem ducat, tum ejus fratris uxor accipit affinem in ſecundo genere. Denique ſi uxoris ſoror nubat, tum hujus maritus, illius marito, ſecundo affinitatis genere connectitur & ſic in cæteris.

§. 24. Ex quibus liquet, vulgarem regulam: *non mutato ſexu, non mutari genus affinitatis;* vel: *non perſonam, ſed ſexum debere mutari* vid. SCHULZ *A. C. & A. c. 7. n. 14.* nullius eſſe uſus, cum ſemper perſona & ſexus mutetur, modo debite omnia circumſpiciantur. E. gr. mortua uxore, maritus ducit aliam, hæc mariti quidem cognatis non fit affinis in ſecundo genere, ſed iis potius primo conjungitur, perinde ſicut prima uxor, & hactenus nulla fit generis mutatio, ex qua conſideratione, vulgaris regula dubio procul eſt enata. Sed conſidera, in dato caſu, defunctæ uxoris cognatos, his utique perſona, ſexus & genus affinitatis mutatur, nam, ex primis nuptiis, acceperunt affinem marem in primo genere, ex ſecundis verò accipiunt affinem fœminam in genere ſecundo.

§. 25. Ex dictis quoque intelligitur, easdem nuptias, reſpectibus rite obſervatis, primum, ſecundum & tertium genus ſimul operari poſſe, nam ſi quis ducat uxorem, quæ habeat v. gr. fratrem uxoratum, tum novo marito conjugis frater, in primo, hujus vero uxor, in ſecundo genere fit affinis. Si autem quis ducat viduam, quæ & cognatos & privignum uxori junctum habeat, tum ei, uxoris cognati, primo, privignus, ſecundo, hujus uxor, tertio genere conjunguntur. Denique ex dictis patet, quod genera affinitatis non mutent gradus, ſed ſaltem attinentiæ modum.

§. 26. Repræſentandis tam gradibus, quam generibus affinitatis, peculiaria ſchemata confici ſolent, quale in Jure Canonico *C. 35. qu. 5.* occurrit, ac cum alibi, tum apud CAPZOVIUM *de U. A. C. & A.* depictum reperitur; ſed id multis nominibus reprehendi meretur. Nam (1.) gradus affinitatis, peculiari ſchemate plane non ſunt repræſentandi (2.) in iis exhibendis, vulgare ſchema abundat, dum viginti cellulis quatuor ſaltem affinitatis collateralis gradus declarat. Alio vero reſpectu (3.) deficit, dum lineam affinitatis rectam & collateralem adæquate non explanat.

§. 27. Porro in repræſentandis generibus, quorſum pertinent ſuperiores cellulæ, illud itidem (4.) abundat, dum eundem caſum, mutatis ſaltem perſonis, bis exhibet; alio ſenſu (5.) deficit, dum genera affinitatis collateralis ſolum ſiſtit, cum tamen in linea recta, illa etiam occurrant, denique (6.) nimis obſcurum eſt, quod inſcriptiones

nes

nes ſuperiorum cellularum oſtendunt, quæ ænigmati ſimiles ſunt.

§. 28. Rectius igitur gradus affinitatis, juxta ſchema conſangvinitatis computantur, nam ſi Protheo adjungas uxorem, tum eadem opera, & conſangvinitatis & affinitatis gradus intelligis. Genera vero affinitatis, in peculiari ſchemate, exhiberi poſſunt, obſervatis quatuor reſpectibus *§. 22.* memoratis. Illud in genere, quoad computationem obſervandum, eam, in matrimonialibus non præciſe eſſe neceſſariam, cum prohibitiones, de ipſis perſonis, concipi queant. Verum, ſicut, omiſſa computatione, ſemper tamen conſtare debet, an conſangvinei vel affines plures, ſibi ſint æquales, nec ne, ita accurata computationis cognitio, ad leges tam ferendas, quam explicandas & applicandas, ſemper utilis eſt. *conf.* SPEC. JUR. ECCLES. *l. 4. c. 3. §. 1. ſeqq.*

§. 29. Poſtea etiam moralitas conſangvinitatis & affinitatis conſideranda, ſive, quousque leges, utriusque intuitu, matrimonia prohibeant, tradendum eſt. Ea in re, uti mores populorum variant *v.* DN. D. BEYERI *diſſert. de diſpenſ. circ. matrim. hab. Lipſ. 1698. §. 20. ſeqq.* in tota illa diſquiſitio, valde controverſa eſt, ſed, quid apud nos obtineat, jam breviter trademus. Ex S. Scriptura, quoad conſangvinitatem, hæ ſumuntur regulæ (1.) In linea recta nuptiæ prohibentur in infinitum *Lev. XVIII, 7. 10. v.* CARPZ. *J. E. l. 2. D. 73. 74.* MEIER *Uxor. Chriſt. diſſert. 2. c. 4. §. 8. 9. v.* D. BEYER *d. diſſert. §. 44. ſeqq.*

§. 30. (2.) Inter collaterales, in prima generatione, ſive inter fratres & ſorores, bilaterales vel unilaterales, nuptiæ prohibentur *Lev. 18. 9.* D. BEYER *d. l. §. 78.* (3.) inter illas perſonas, inter quas eſt reſpectus parentum & liberorum, matrimonium, in infinitum, interdicitur *Lev. 18. 12. 13.* quæ prohibitio non tantum de perſonis expreſſæ nominatis, ſed & cæteris, quæ ejusdem ſunt gradus eſt accipienda, nam par in omnibus eſt ratio *vid.* CARPZOV. *d. l. 2. D. 77. 80. ſeqq.* D. BEYER *d. l. §. 56.* Illa vero perſona aliis, parentis loco, habetur, quæ earum ſtipiti communi, frater vel ſoror eſt.

§. 31. Cum his prohibitionibus conſpirat Jus Romanum *v. §. 1. ſeqq. I. de nupt.* de cætero, ex receptiori ſententia, ad jus divinum

positivum universale, illæ referuntur, quod alias etiam secutus sum. Sed non improbabile est, si eas, ex ipso jure naturali repetamus, propter *unitatem carnis*, quæ in omnibus illis personis occurrit, nam id naturæ humanæ utique repugnat, ut quis, ex se ipso, liberos generet; Unitas vero illa in linea recta evidens est, sed non minus illa quoad fratres & sorores, & consequenter, quoad fratrem & alterius fratris vel sororis descendentes, propter unitatem stirpis, est asserenda. In Secunda vero & ulterioribus generationibus stirps divisa est, ac unitas cessat *conf.* OBSERVAT. PUFEND. *Obs.* 496.

§. 32. Istis juris divini prohibitionibus, leges humanæ, has adjiciunt (4.) in secunda generatione, i.e. inter fratrum & sororum liberos, nec non (5.) inter personas, quarum altera, in secunda, altera, in tertia generatione existit, matrimonium cessare debet *v.* CARPZ. *l. 2. D. 75. seqq.* sed in tertia ac sequentibus generationibus, matrimonium permittitur CARPZ. *d. l. D. 84. seqq.* & in *A. C. & A. c. 3. §. 28. seqq.* nam prohibitio juris Canonici, quæ in quarta etiam generatione, matrimonia collateralibus interdicit *c. 8. 9. X. de consangv. & affin.* ac vel ex errore, vel rationibus status pontificii, invaluit, admissa non est.

§. 33. Affinitas, in impediendis nuptiis, ejusdem, cum consangvinitate, est effectus, hinc hæc generalis regula: *in quo gradu consangvinitatis, matrimonium prohibetur, in eodem etiam, ob affinitatem, illud non permittitur*, obtinet *v.* CARPZ. *d. l. 2. D. 88.* cum enim affinis alienæ familiæ, per concubitum, inseratur *v. §. 18. h.* hinc jura consangvineorum, ad illum merito applicantur *v. Levit. 18. v. 8. 14 15. 16. 17.*

§. 34. Juxta hæc igitur prohibentur nuptiæ (1.) in linea recta affinitatis in infinitum *v. Lev. 18. v. 8. 15. 17.* CARPZ. *J. E. l. 2. D. 89. 90.* (2.) in linea collaterali inter illos affines, qui sunt instar fratrum & sororum, hinc fœmina non potest nubere duobus fratribus, nec mas ducere duas sorores *Lev. 18. 16.* CARPZ. *d. l. D. 91.* quamquam apud Judæos, ex conniventia quadam, fratris viduam, frater ducere poterat *Deut. 25. 5. v.* SELDEN *Uxor. Ebraic. l. 1. c. 12. 13. 14.* Textus vero *Levit. 18. 18.* plane huc non pertinet, sed continet temperamentum quoad polygamiam, judæis usitatam *v.* ME-

vid. MEJER *Uxor. christ. dissert. 1. Sect. 4. c. 4. dissert. 2. c. 7. §. 11. add.* STRYK. *ad Br. J. E. l. 2. c. 16.* §. *26. p. 640.* D. BEYER. *de disput. §. 59.*

§. 35. Non minus etiam prohibetur (3.) matrimonium inter illos affines, inter quos eſt reſpectus parentum & liberorum, in infinitum. Hinc aliquis non poteſt ducere Patrui vel avunculi viduam, nec defunctæ uxoris ſororis filiam *Lev. 18. 14. v.* CARPZ. *J. E. l. 2. D. 92. 96. 97. 98.* Atque hæc regula non tantum de perſonis expreſſis, ſed & cæteris, quæ ejusdem gradus ſunt, merito accipienda eſt, licet multi aliter ſentiant. De cætero tres illæ regulæ communiter referuntur ad jus divinum poſitivum univerſale, ſed ſi ea, quæ §. *31.* dixi, admittas, ipſi juri naturali, etiam hæ prohibitiones tribui poſſunt.

§. 36. His accedunt prohibitiones juris humani, nam (4.) inter affines ſecundæ generationis, ut & (5.) ſi alter in ſecunda, alter in tertia generatione exiſtat, nuptiæ prohibentur, hinc aliquis conſobrini ſui, vel hujus filii viduam, ducere nequit *v.* CARPZ. *J. E. l. 2. D. 93. ſeqq. de A. C. & A. c. 4. §. 36. ſeqq.* Aliquando etiam leges humanæ ob ſponſalia, ex quibus vera affinitas non contrahitur, nuptias prohibent *v. §. 9. I. de nupt.* CARPZ. *d. l. 2. D. 107. 108. 121. 122.*

§. 37. Hactenus dicta pertinent ad primum genus affinitatis. Secundum & tertium genus, jure Canonico non prohibetur *c. 8. X. de conſangv. & affin.* Jure tamen civili & Germanico, in linea recta, quoad ſecundum genus, matrimonium interdicitur *l. 15. de R. N.* CARPZ. *l. 2. D. 101.* cenſetur verò hæc prohibitio tantum juris humani eſſe *v.* CARPZ. *d. l. D. 119.* STRYK *ad Br. J. E. l. 2. c. 16. §. 23.* D. BEYER. *d. diſſert. §. 81.* Porro, in linea collaterali, in prima generatione, v. gr. inter me, & uxoris meæ fratris viduam, nuptiæ prohibentur CARPZ. *l. 2. D. 102. 120.* de *A. C. & A. diſp. 1. c. 4. §. 43. n. 69.*

§. 38. Cæteri gradus generis ſecundi, ut & totum genus tertium, ſunt extra prohibitionem *v.* CARPZ. *d. diſp. 1. c. 4. §. 43. 44. J. E. l. 2. D. 103.* Inter conjugum quoque conſangvineos nulla eſt prohibitio, quia inter illos ceſſat affinitas *v.* CARPZ. *d. diſp. 1. c. 4. §. 48.*

§.48. J. E. l. 2. D. 104. 106. In specie adeo comprivigni matrimonio jungi possunt, licet, ex conjugio parentum, fratrem vel sororem communem habeant *§. 8. I. de nupt.* CARPZ. *l. 2. D. 105.* licet hoc ultimum, ex *Lev. 18. 11.* aliqui negent *v.* CARPZ. *d. A. C. & A. disp. 1. c. 4. §. 49.* sed rationibus non satis validis *v.* MEJER. *Uxor. christ. diss. 2. c. 5. §. 23. seqq.* STRYK *ad Br. J. E. l. 2. c. 16. §. 23. p. 638.* D. BEYER. *disp. de dispens. circ. matrim. §. 57.*

§. 39. Atque ex his facile intelligi potest, quousque Imperantibus facultas dispensandi, in matrimonialibus, competat nec ne. Nimirum in prohibitionibus juris divini, dispensatio cessat, sed in humanis, obtinet, quamvis &, quoad has, justæ causæ requirantur, quarum tamen dijudicatio Imperantis arbitrio relinquenda est, id quod CARPZ. *J. E. l. 2. D. 109. seqq.* & de *A. C. & A. disp. 1. c. 5.* prolixe declarat. Quoad regulam Scriptores fere conveniunt, sed circa ejus applicationem, non raro dissentiunt. Summi Imperantes & Status imperii Germanici, ab obligatione legum humanarum, hic semper sunt immunes, Protestantes tamen illa libertate saltem uti solent.

§. 40. Quodsi conjugium, lege divina prohibitum, de facto ineatur ac hierologia confirmetur, tum, illud exceptis saltem Parentibus & liberis, tolerari posse, quidam censent: sed tutior est sententia, quæ omnia hujus generis matrimonia, dissolvenda esse pronunciat, nam hoc, ex facta prohibitione, quamdiu aliud expresse constitutum non est, consequitur *v.* THOMAS. *J. J. D. l. 3. c. 3. §. 231. 232.* STRYK *ad Br. J. E. l. 2. c. 16. §. 27.* D. BEYER. *d. dissert. §. 60.*

§. 41. Illustrandæ interim sententiæ contrariæ, nonnulla commemorabimus exempla. Inter fratrem & sororem, matrimonium initum, tolerandum aliqui censent *v.* BRÜCKNER. *Dec. matrim. c 5.* Non minus etiam cum matertera BEUST. *de nupt. p. 2. c. 52.* & sororis filia contractum CARPZ. *p. 4. C. 23. D. 11.* add. STRYK *in not. ad Br. J. E. l. 2. c. 16. §. 22.* In affinitate, matrimonium cum fratris vidua, cum uxoris sorore, aut sororis vel fratris filia *v. not.* ad BRUNN. *d. l. §. 26.* vel nepte, denique cum patrui, magni patrui, avunculi & avunculi magni vidua *v.* CARPZ. *J. E. l. 2. D. 83. 99. 100.* tolerandum existimant *v.* D. BEYER. *d. dissert. §. 64. seqq.*

§. 42.

§. 42. Quodsi quis cum vidua, extra matrimonium, concumbat, ac postea filiam ejus, rei illius ignaram, ducat, tum, salva conscientiâ, maritum in conjugio manere, sed debitum conjugale ab uxore non exigere, ab ea verò exactum, præstare ei posse, aliqui putant, sed tutius est, ut matrimonium, evitando incestui, dirimatur *v. c. 8. X. de eo qui cogn. consangv.* SCHILT. *ad ff. exercit. 36. §. 44. seqq.* D. BEYER. *d. dissert.* §. 76.

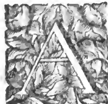
§. 43. Quo matrimonia incestuosa impediantur, Pastorum Ecclesiæ est, quando denunciatio publica ab iis exigitur, diligenter, quantum fieri potest, in consangvinitatem & affinitatem inquirere. Eodem fine Ordinationes matrimoniales, certis temporibus, è suggestu, populo prælegi solent *v. Ord. Saxon. Eccles.* tit. *von Ehsachen* CARPZ. *J. E. l. 2. D. 71. 72.* sed non rectius tam hic, quam alibi, necessaria legum cognitione subditi imbui possent, quam si, Jurisprudentia in lingvam vernaculam translatâ, major leges tractandi iis præberetur occasio.

CAPUT IV.
DE JURE CONJUGUM IN BONA.

SUMMARIA.

Apud Romanos nulla inter conjuges fuit bonorum communio nisi ex pacto, ex quo dos invaluit §. 1.
Dotis diversa acceptio §. 2.
Divisio §. 3.
Dos constituta est vel numerata vel cauta §. 4.
Profectitia vel adventitia §. 5.
Constituitur dos consensu & traditione §. 6.
Personæ constituentes §. 7.
Datur marito in omnis generis rebus §. 8. 9.
Jus mariti in dote est diversum §. 10.
Lucratur fructus non vero alias accessiones §. 11.
Res dotales alienare potest exceptis immobilibus inæstimatis §. 13.
Alienatio contra prohibitionem facta est nulla §. 14.
Maritus in rebus restitutioni obnoxiis præstat culpam non casum fortuitum §. 15.
Donationis propter nuptias natura & constitutio §. 16.
Jus mulieris in illa §. 17.
Ejus usus hodiernus §. 18.
A bonis dotalibus differunt paraphernalia & receptitia §. 19.
Dotis causa quo sensu dicatur favorabilis §. 20.
Hodie plerumque ipso jure aliqua inter conjuges bonorum est communia §. 21.
Pactorum dotalium indoles §. 22.

§. I.



Arcta Societas conjugalis vix aliter subsistere potest, quam si mutuum aliquod jus, conjugibus in bona, concedatur. Jure tamen Romano, ex legis provisione solitaria, nulla bonorum inter conjuges communio fuit, sed maritus, de dote sibi prospicere debuit, nisi, omissa hac cura, onus alendi uxorem totamque familiam, solus subire voluit. Ex hac ergo hypothesi, apud Romanos, *dos* invaluit: Licet vero hodie, in plerisque Germaniæ Territoriis, autoritate legis, aliquid juris conjugi, in alterius bona, competere soleat, attamen dotes ideò non plane cessant *v.* Observ. Lauterb. *Obs. 769.*

§. 2. Dos aliquando significat titulum sive conventionem §. *40. J. de R. D. t. t. pro dot.* aliquando rem *rubr. ff. solut. matrim. dos quemad.* aliquando jus ipsum *t. t. de jur. dot.* Hoc sensu est *jus marito, in rebus, ad ferenda matrimonii onera, concessis, competens v. l. 3. 7. pr. l. 76. in fin. de jur. dot.* Cum vero à jure, res ipsæ sortiantur denominationem, adeoque inter hæc duo, perpetua sit relatio, ideo dotis varietas, tam de *jure*, quam de *re*, potest intelligi.

§. 3. Dividitur igitur dos (1.) à *causa*, in *putativam*, quæ verum matrimonium non præsupponit *l. fin. C. de donat. propt. nupt. l. 3. de jur. dot. §. pen. I. de nupt.* hæc proprie quidem dos non est, hactenus tamen, ob causæ incertitudinem, hoc nomine venit & *veram*, quæ intuitu legitimi conjugii occurrit, hæc autem est vel *perfecta*, quæ nuptias, & *imperfecta*, quæ sponsalia præsupponit *l. 74. de jur. dot. l. 17. §. 1. de reb. autor. judic. possid.* (2.) à *diversa constitutione*, in *promissam*, de qua conventio saltem inita *l. 6. C. de dot. promiss. l. 9. C. de pact. conv.*

conv. hæc vera dos eſt, licet minus plena *v.* CARPZ. *3.C.23.D.3.n.9.* ac *conſtitutam*, circa quam traditio facta *l. 5. ſolut. matrim. l. 13. §. 2. de fund. dot.*

§. 4. Conſtitutio autem vel verè interceſſit, vel interveniſſe ſaltem videtur, hinc conſtituta dos, ſubdiſtingvitur in *numeratam*, quam maritus revera accepit, & *cautam*, quam ſpe futuræ numerationis, ſe accepiſſe fatetur *t.t. C. de dot. caut.* hæc quidem dos vera non eſt, ſi de rei veritate conſtet, ſed cum id dubium ſit, utrum confeſſioni veritas reſpondeat, nec ne, ideo hactenus, inter ſpecies dotis, illa admittenda eſt; de cætero maritus, ex confeſſione ſua conventus, opponit exceptionem non numeratæ dotis privilegiatam, juxta definitionem *l. fin. & ſeq. auth. C. de dot. caut.* cujus tamen hodie exiguus vel nullus eſt uſus.

§. 5. Denique (3.) à *perſona conſtituente*, dos diſtingvitur in *profectitiam*, quæ à Patre, vel ejus intuitu, ab alio conſtituitur, & *adventitiam*, quam vel mulier ipſa, vel tertius, ſine Patris contemplatione conſtituit *l. 5. de jur. dot. v. l. 10. §. 6. in fin. de vulg. & pupill. ſubſt. l. 6. de collat.* Diſcrimen illud, circa repetitionem dotis, ſe potiſſimum exſeruit, ſed cum hodie dos ſemper maneat penes uxorem, niſi Pater, de ea repetenda, ſpecialiter ſibi proſpexerit, ideo ejus hodie nullus videtur eſſe uſus.

§. 6. Conſtituitur dos *conſenſu expreſſo v. l. 13. 30. 40 46. de jur. dot.* dantis & accipientis *l. 55. de O & A.* quod negotium, jure civili, accedentibus verbis ſolennibus, contractus verbalis *v. l. 3. C. de dot. promiſſ.* ſine illis vero, contractus innominatus *v. l. 6 C. de jur. dot.* vel pactum legitimum eſt *l 6. C. de dot. promiſſ.* ſed hodie indiſtinctè pro contractu conſenſuali haberi debet. Conventione inita, debet ſequi *traditio*, quæ ad conſummationem pertinet *v. l. 13. §. 2. de fund. dot. l. 5. ſolut. matrim. l. 1. C. de dot. caut. v. l. 43. §. 1. l. 77. de jur. dot.* OBSERV. LAUTERB. *Obſ.* 771. Quodſi vero jus agendi ſaltem transferendum ſit, traditione opus non eſt *v. l. 16. de fund. dot.*

§. 7. Conſtituit dotem vel mulier ipſa, vel alius ejus nomine *l. un. §. 13. C. de R. U. A.* & quidem extraneus vel etiam cognati, ut frater, libero arbitrio dotem conſtituunt *v. l. 12. §. 3. l. 13. §. f. de admin. tutor. l. 1. §. 2. de tutel. & ration. diſtrah.* Pater vero, qui in nuptias conſenſit, aut conſentire debet, dotem conſtituere tenetur *v. l. 19. de*

de R. N. l. 51. de jur. dot. l. 7. §. f. de in rem verſ. l. 6. de collat. l. f. C. de dot. prom. CARPZ. *p. 2. C. 42. D. 12.* niſi filia habeat bona propria, ex quibus dos poſſit conſtitui *l. 5. §. 7. de agnoſ. & alend. liber. l. fin. C. de dot. promiſſ.* CARPZOV. *d. l. D. 13.* aut ſponſus neceſſitatem illam Patri remiſerit STRAUCH. *diſſert. 3. §. 4.* vel filia ſit indigna, dum v. gr. exhæredationem meruit *v.* PERETZ *ad C. de dot. prom. n. 6.* Atque illa etiam deficiente patre, ad matrem recte applicantur *v. l. 34. de jur. dot. l. 14. C. eod. v. l. 19. §. 1. C. de hæretic.*

§. 8. Conſtituitur dos marito, qui ſi filiusfam. ſit, ejus patri illa acquiritur *v. l. 72. §. 1. de jur. dot. l. 2. C. fam. erciſc.* quod ultimum hodie exigui eſt uſus, cum plerumque, occaſione matrimonii initi, patria poteſtas ſolvatur. Dantur in dotem omnis generis res, *abſentes*, quæ per actiones exigi debent *l. 2. C. de O. & A. l. 16. C. de fund. dot.* ac *præſentes*, in quibus uſumfructum *l. 7. §. 2. de jur. dot.* vel dominium habemus, mobiles & immobiles, quantitates & ſpecies, æſtimatæ vel inæſtimatæ *v. l. 5. 10. C. de jur. dot. l. 6. C. de uſufr. l. un. §. 9. C. de R. U. A.*

§. 9. Res etiam feudales, ſuo modo poſſunt in dotem dari *v. II. f. 9. §. 1. II. f. 13. 17.* ut & alienæ *v. l. 6. §. 1. de jur. dot. l. 13. pr. de public. in rem action.* Valet quoque promiſſio quantitatis incertæ, ſive Pater, ſive ipſa uxor, ſive extraneus eam fecerit, nam ex conditione perſonarum, quantitas boni viri arbitrio, definiri poteſt *v. l. 60. 61. 69. §. 4. de jur. dot.* OBSERV. LAUTERB. *Obſ. 772.* Uxor omnia bona in dotem dare poteſt *l. 72. ff. l. 4. C. de jur. dot.* Pater pro facultatibus ſuis, & cnoditione mariti, dotare tenetur *l. 69. §. 4. de jur. dot.* cæteri pro arbitrio dotem conſtituunt.

§. 10. Doris acceptæ maritus regulariter fit dominus *pr. I. quib. alien. lic. l. 13. §. 2. de fund. dot. l. 7. §. 3. l. 25. ff. l. 23. C. de jur. dot.* & quidem interdum revocabiliter, interdum irrevocabiliter *l. 1. 2. C. de fund. dot. l. 10. §. fin. l. 42. ff. l. 21. C. de jur. dot.* Quodſi autem uſusfructus marito ſaltem ſit conceſſus, tum, dominium illum non habere, manifeſtum eſt, quemadmodum etiam, nominibus ceſſis, exactione rerum, dominium ille demum conſequitur *v. §. 8. h.* Soluto matrimonio, dominium dotis, vel jus perſonale tantundem exigendi, uxori competit, quo ſenſu, in ejus patrimonio dos eſſe dici-

dicitur *v. l. 75. ff. l. 30. C. de jur. dot. l. 16. de religios. l. 4. de collat.*

§. 11. Vi dominii sui maritus lucratur fructus; constante matrimonio acquisitos *l. 7. pr. §. 1. l. 10. §. 3. ff. l. 20. C. de jur. dot. l. un. §. 9. C. de R. U. A. v. l. 12. §. 3. in fin. ad exhib.* Aliæ vero accessiones, quæ fructuum nomine non veniunt, ut partus ancillæ *l. 10. §. 2. de jur. dot.* thesaurus *l. 7. §. 12. de fund. dot.* augent dotem, hinc maritus quidem, iis utitur & fruitur, ipsa tamen corpora irrevocabiliter non acquirit *l. 10. §. 1. 2. de jur. dot.* Si Pater, in fraudem creditorem, dotem dederit, à marito fraudis ignaro, nihil repetitur, cum rem acceperit titulo oneroso *l. f. §. 1. in fin. quæ in fraud. creditor.*

§. 12. Potest etiam maritus res dotales mobiles *l. 21. de manum. l. 3. C. de jur. dot. l. 1. C. de serv. pign. dat.* ut & immobiles, venditionis causa æstimatas, alienare *l. 5. 10. C. l. 10. §. 4. ff. de jur. dot. l. un. §. 15. C. de R. U. A.* Idem dicendum de rebus immobilibus, pecunia dotali emtis *l. 12. C. de jur. dot.* nam hæ, non sunt dotales, nisi in subsidium *l. 54. de jur. dot. v. l. 55. de donat. inter. V. & U.* Res vero dotales immobiles, vel omninò non, vel taxationis gratia, saltem æstimatas, maritus alienare nequit, id quod ex natura hujus negotii fluit, ac ita jure Romano confirmatum est, ut ne quidem, consentiente muliere, alienatio fieri possit *pr. I. quib. alien. lic. l. un. §. 15. C. de R. U. A.*

§. 13. Pertinet illa prohibitio ad maritum ejusque successorem universalem, ut & sponsum *l. 1. §. 1. l. 2. 4. de fund. dotal.* nec non ad rem quamvis immobilem inæstimatam *l. 13. §. 1. 2. de fund. dot. l. un. §. 15. C. de R. U. A.* denique ad omnis generis alienationem voluntariam, qua vel dominium *l. 1. C. de fund. dot.* vel aliud jus in re transfertur *l. fin. C. de reb. alien. non alienand. v. l. un. §. 15. C. de R. U. A. l. 5. ff. l. 2. C. de fund. dot. l. 16. de testam. milit. l. 28. de V. S. l. 16. de fund. dot.* Alienationes vero necessariæ *l. 1. pr. §. 1. ff. l. 2. C. de fund. dot.* non prohibentur.

§. 14. Alienatio, contra prohibitionem facta, est nulla *l. 42. de usurp.* convalescit tamen, si maritus postea dominium irrevocabiliter acquisierit *l. 17. de fund. dot. l. 42. de usurp.* non etiam si mulier, post biennium, denuo in alienationem consenserit *l. un. §. 15. C. de R. U. A.* nam, quod intercessio mulieris pro extraneo facta, ac post

 bien-

biennium approbata *l. 22. C. ad SCt. Vellej.* ut & pignoris remissio, in favorem mariti, suscepta ac postea repetita valeat *Nov. 61.* ex eo, ad alienationem dotis, inferre non licet, cum de hac, ex regula, judicandum sit *v.* LAUTERB. *C. J. de fund. dot.* Hodie, accedente mulieris ejusque Curatoris consensu, dotale prædium valide alienari posse videtur *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 778.* STRUV. *S. J. C. exerc. 30. §. 22.*

§. 15. In rebus dotalibus, restitutioni obnoxiis, maritus consvetam diligentium adhibere debet *l. 17. de jur. dot. l. 6. de pact. dotal.* de casu verò fortuito non tenetur *l. 10. pr. de jur. dot. l. 21. C. eod.* si autem quantitatem simpliciter, vel ob speciem, venditionis æstimatione, acceptam, debeat, tum, uti rationem culpæ non postulatur, ita, specie casu amissa, non liberatur, nam casus rem debitam non afficit *l. 10 §. 4. de jur. dot. v.* CARPZOV. *p. 2. C. 42. D. 21.* sed in debitis specierum, debitori saltem prodest *l. 6. 9. C. de pign. action.* Impensas quoque fructuum, ut & onera publica maritus ferre tenetur *l. 3. §. 1. l. 13. de impens. in res dot. l. 7. §. fin. solut. matrim. l. 2. C. de annon. & tribut.*

§. 16. In compensationem & securitatem dotis, constituitur *donatio propter nuptias* sive *Antipherna, Gegenvermächtnis*, quæ est *hypotheca privilegiata, in bonis mariti, juxta pacta & quantitatem dotis, constituta l. fin. C. de donat. propt. nupt. l. 9. & auth. seq. C. de pact. conv. tam sup.* Constituitur à marito, vel alio ejus nomine *l. 19. C. de donat. propt. nupt. l. fin. C. de dot. prom.* ante & post matrimonium *l. fin. C. de donat. propt. nupt.* &, dote quidem constituta, necessario antipherna, secundum quantitatem & pacta dotis, & constituenda *auth.* dos data *C. de donat. propt. nupt. l. 9. & auth. seq. C. de pact. conv.* licet necessitatem nonnulli negent *v.* STRUV. *S. J. C. exerc. 30. §. 34.*

§. 17. Competit mulieri, in rebus donatis hypotheca privilegiata *v. l. 29. C. de jur. dot.* quæ marito quoque inhibet alienationem *Nov. 61. c. 1. pr. §. 1.* Constante vero matrimonio, mulier inde nullum sentit lucrum, nec etiam bona regulariter possidet, &, si forte ea teneat, facultatem alienandi non habet *l. 8. C. de donat. propt. nupt.* Imo, soluto matrimonio, ac dote recepta, antipherna regulariter penes maritum remanet *c. fin. X. de donat. inter vir. & uxor.* Ex pacto tamen aliquando mulier, mortuo marito, eam lucratur *l. 9. C. de pact.*

pact. conv. quemadmodum etiam illo ad incitas redacto, eam contra alios creditores, sibi asserit *l. 29. C. de jur. dot.*

§. 18. Hodie donatio propter nuptias necessario non est constituenda, sicut etiam ejus quantitas & pacta, arbitrio paciscentium subsunt *v.* STRUV. *d. l. §. 35.* Denique, in Saxonia, in præjudicium Creditorum hypothecariorum & privilegiatorum, mulier eam plane exigere non potest *v. O. P. S. tit. 43. §. 3.* CARPZ. *p. 1. C. 28. D. 91.* Inter Nobiles & personas illustres, in compensationem dotis, constituitur *Dotalitium* i. e. *Ususfructus, ex bonis feudalibus, juxta quantitatem receptam, percipiendus,* de quo dixi in JUR. FEUD. *c. 18. §. 21. seqq.* & in SPECIM. JUR. PUBL. *l. 4. c. 4. §. 52. seqq.* suo loco quoque, de eodem dicendum erit. *v. l. 11. c. 12. §. 10. seqq.*

§. 19. A bonis dotalibus differunt, *Paraphernalia,* quæ in dominio uxoris, & administratione mariti, ac *Receptitia,* quæ tam in dominio quam administratione uxoris sunt *v. l. 9. §. 3. de jur. dot. l. pen. ad L. Falcid. l. 8. 11. C. de pact. conv.* In sensu generaliori, utraque illa bona, paraphernalium nomine veniunt. Ad ea in specie quoque referri potest (1.) *Sponsalitia largitas,* quæ datur sponsæ amoris testandi causa *v. l. 15. 16. C. de donat. propt. nupt.* aliquando donatio propter nuptias, *sponsalitia largitas* dicitur *Nov. 61. c. 1. §. 1.* quæ adeo cum illa haut confundenda (2.) *Morgengaba,* quæ, altero nuptiarum die, uxori offerri solet, à qua, alius generis Morgengaba, inter Nobiles usitata, discerni debet CARPZ. *p. 3. C. 33. D. 20. conf.* LAUTERB. *C. J. de jur. dot.*

§. 20. Dotis causa dicitur esse *favorabilis*, quod ita intelligendum, justas subesse causas, ob quas, uxores dotes habere debeant *l. 2. de jur. dot. l. 1. sol. matrim.* hinc multa etiam ad promovendam dotium constitutionem & conservationem, disposita sunt *v. l. 20. 41. 70. de jur. dot. l. 25. C. ad SCt. Vellej. l. 12. §. 1. C. qui potior. in pign.* quæ sanctiones eo magis, jure Romano, erant necessariæ, quo facilius matrimonia solvi poterant. Nonnulla tamen magis affectum, quam effectum ostendere videntur, quo non immerito referas verbosam illam actionis rei uxoriæ, in actionem ex stipulatu, transfusionem *l. un. C. de R. U. A.*

§. 21. Hodie cùm alibi, tum in plerisque Germaniæ Territoriis, ipso jure, aliqua bonorum communio, inter conjuges esse solet *v.* RODEN-

DENBURG *tr. de jur. Conjug.* In Saxonia maritus, eſt uſufructuarius omnium uxoris bonorum, ſi pacto aliud non ſit conſtitutum *v. Landr. l. 1. art. 31. 54. v.* DN. D. BARTHII *diſſert.* de marit. uſufru[illegible]xon. *hab. Lipſ. 1692. conf.* STRUV. *S. J. C. exerc. 29. §. 56.* Dona nuptialia, quæ noviter nuptis, offerri ab amicis ſolent *v. l. 13. §. 2. de admin. tutor.* utrique etiam conjugi acquiruntur, ſed ita, ut jus conſumendi marito regulariter competat *v. p. 3. Conſt. 22. Deciſ. noviſſ. 51.* Sed de his jura provincialia cujusvis loci conſuli debent, neque enim ad ſpecialia illa deſcendere, nobis jam licet.

§. 22. Quoad dotem, jure Romano, ſæpe *pacta dotalia* ineuntur, quæ præcipue, ad ejus repetitionem pertinent. Sed hodie, cum inter conjuges plerumque aliqua communio per ipſas leges introducatur, latius illa patent, dum non ſolum de dote, ſed generaliter de jure conjugum, vel augendo vel reſtringendo, iniri ſolent, ſunt ergo in genere *conventiones, quibus jura conjugum ſpecialius determinantur v.* OBSERV. LAUTERB. *Obſ. 773.*

§. 23. Fiunt conſenſu paciſcentium utcunque declarato *v. l. 6. C. de dot. promiſſ.* probationis gratia, ſcriptura accedere ſolet *v. l. 4. de pign. l. 4. de fid. inſtrum.* poſſunt tamen aliis etiam modis probari *v. l. 12. C. de pact.* CARPZ. *p. 2. C. 43. D. 8.* De cætero fiunt vel in *modum contractus*, quo caſu duo teſtes, ſi per hos probatio facienda, requiruntur *l. 12. de teſtib.* vel in *modum ultimæ voluntatis*, ubi quinque teſtes minimum ſunt neceſſarii, niſi fiant coram judice *v.* CARPZ. *d. l. D. 2. ſeqq.* Licet vero id diſcrimen, in praxi receptum ſit, certum tamen videtur, quod malis rationibus ſit introductum, & quod hoc negotium, ſemper potius, pro pacto, haberi debeat *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obſ. 774.*

§. 24. Ineunt hoc pactum maritus, ac, ab altera parte, uxor, Pater vel extraneus, & illa quidem tam in ipſa dotis promiſſione, quam poſt eam, cum marito paciſci poteſt; iſte verò & hic, tantum in promiſſione, nam alias marito & uxori jus quæſitum eſt: accedente tamen mulieris conſenſu, etiam poſt dotem conſtitutam, pactum ab illis recte initur *v. l. 7. 20. §. 1. ff. l. 7. C. de jur. dot. l. 22. ſolut. matrim. l. un. §. 13. C. de R. U. A.* Hodie dos, licet ab alio profecta, plerumque proprium uxoris fit patrimonium, adeoque pactum patris aut

aut tertii, de dote ipsis reddenda, videtur rarius esse *v.* OBSERV. LAUT. *Obs.* 775. si fœmina paciscatur, consensus curatoris in litem, necessarius haud esse existimatur CARPZ. *p. 2. C. 43. D. 9.* aliud forte dicendum, si sit minorennis *v.* LAUTERB. *C. J. de pact. dot. lit. S.*

§. 25. Fiunt illa pacta de dote & donatione propter nuptias, sed hodie, in genere, de jure conjugum concedendo, augendo, vel restringendo; Non autem dotis causam deteriorem, vel mulierem indotatam reddere *v. l. 2. de jur. dot. l. 14. 17. de pact. dotal.* aut bonis moribus repugnare debent *l. 5. 6. cod.* quale, de jure civili, est pactum de conjugum successione *v. l. 5. C. de pact. conv.* conventio tamen, de dote vel donatione propter nuptias, in eventum mortis, lucranda, etiam de jure civili valuit *v. l. 12. de pact. dotal. l. 48. solut. matrim. l. 5. 6. 9. C. de pact. conv.* Hodie indistincte pacta conjugum successoria, valida sunt *v.* CARPZ. *p. 2. C. 43. D. 2. n. 6.*

§. 26. Effectus pactorum dotalium, pro diversa horum intentione, diversus est; Inprimis, circa dotis repetitionem, jure Romano, ille conspicitur, nam mulieri & ascendentibus virilis sexus, datur actio ex stipulatu *l. un. §. 1. 13. C. de R. U. A.* extraneo autem stipulanti, eadem actio *d. l. un. §. 13.* sed paciscenti, actio præscriptis verbis *l. 6. C. de jur. dot.* omisso pacto, ille actionem nullam habet, sed mulieri jus repetendi competit *d. l. un. §. 13. de R. U. A.* Hodie uti ex quovis pacto serio actio nascitur, ita sola fere uxor dotem aliaque illata repetere solet *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs.* 776.

§. 27. Pacta dotalia ab initio aliquando impediuntur, dolo, metu vel errore, juxta consveta principia; aliquando inita dissolvuntur mutuo consensu, non etiam unius *l. 5. C. de O. & A.* CARPZ. *p. 2. C. 43. D. 11.* nisi sint facta in modum ultimæ voluntatis CARPZ. *d. l. D. 10.* Sed hoc iniquum videtur, maxime si, post mortem alterius, superstes voluntatem mutare velit, cum sub conditione non mutandæ voluntatis, videatur institutus *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs.* 867. Aliquando etiam pacta dotalia, per supervenientiam liberorum evertuntur CARPZ. *d. l. D. 13. seqq.* Nonnunquam per restitutionem in integrum rescinduntur, si v. gr. fœmina minor, post nuptias & conscensum thalami, portioni statutariæ renunciet. *conf.* LAUTERB. *C. J. de pact. dotal.*

§. 28. Inter conjuges, jure Romano, donationes regulariter non

 valent,

valent, non quidem quod prohibitæ ſint, licet prohibitio, locutione impropria, nonnunquam afferatur *v. l. 3. pr. §. 10. de donat. inter V. & U.* ſed quod donanti facultas pœnitendi ſit conceſſa *l. 32. §. 2. 3. eod.* quamvis vero, ob licentiam divortiorum, præcipue illud introductum videatur, attamen aliæ quoque rationes concurrerunt *v. l. 1. 2. 3. d. t.* hinc hodie etiam illa ſanctio Romana obſervatur *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obſ. 779.*

§. 29. Invalidæ ergo ſunt donationes conjugum, ſive illis ipſis, ſive eorum poteſtati ſubjectis perſonis, *l. 3. §. 2. ſeqq. ff. l. 4. C. de donat. inter V. & U.* aut etiam, interventu perſonæ extraneæ, fiant *l. 3. §. fin. ff. eod. v. l. 5. §. 2. de jur. dot. l. 6. de collat. l. 45. §. 4. de A. O. H.* Inter deſponſatos vero, donationes, ipſo etiam nuptiarum die, factæ valent *l. 5. pr. l. 27. l. 36. §. 1. de donat. inter V. & U. v.* CARPZ. *p. 2. C. 13. D. 19.* quemadmodum etiam in caſum mortis donari poteſt *l. 9. §. 2. l. 10. 11. eod.* ſed hæc non eſt exceptio, cum quævis donatio conjugum morte confirmetur, modo revocata non ſit, ac requiſitis neceſſariis conſtet *v.* CARPZ. *d. l. D. 15.*

§. 30. Illæ porro donationes improbantur, quæ ex mera liberalitate fiunt, ac donantem, pauperiorem, donatarium vero, locupletiorem efficiunt. *v. l. 5. §. 16. de donat. inter V. & U.* Hinc (1.) res aliena donari *l. 25. de donat. inter V. & U.* ac (2.) juri acquirendo, in favorem conjugis, renunciari poteſt *l. 5. §. 13. 14. eod.* Valet quoque (3.) donatio ob cauſam *l. fin. C. de donat. propt. nupt.* (4.) ad conſequendam dignitatem *l. 40. 41. de donat. inter V. & U.* (5.) honoris cauſa *l. 42. eod. v.* CARPZ. *p. 2. C. 13. D. 20.* (6.) ad ſepulturam *l. 5. §. 8. eod.* (7.) ad refectionem ædium exuſtarum *l. 14. eod.* ut & (8.) donatio reciproca *l. 7. §. 2. eod* CARPZ. *d. l. D. 18.*

§. 31. Licet autem donatio ſit invalida *v. l. 3. §. 10. de donat. inter V. & U.* attamen illa confirmatur (1.) jurejurando, non tantum juxta jus canonicum *c. 28. X. de jurejur. c. 2. eod. in 6.* ſed & civile, nam hoc donationem non prohibet *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obſ. 779.* (2.) morte donantis naturali *l. 32. §. 6. ff. l. 24. C. de donat. inter V. & U.* modo donatio ante mortem non ſit revocata *l. 32. §. 2. eod.* expreſſe vel tacite *v. l. 32. §. 5. l. 12. C. eod. Nov. 161. c. 1. §. 1. c. fin. X. de donat. inter V. & U.* ſi quingentos ſolidos excedat, judicialis inſinuatio requiritur *l. 25. C. de donat. inter V. & U. Nov. 161. c. 1. §. 2. v.* CARPZ. *p. 2. C. 13. D. 15.*

§. 32.

§. 32. Confirmatur autem donatio per mortem retro, ab eo tempore, quo facta est *l. 25. C. de donat. inter V. & U. Nov. 161. c. 1. §. 1.* & nihil refert, sive res conjugi superstiti jam sit tradita, sive saltem promissa *d. Nov. 161. c. 1. pr.* qua derogatum est *l. 23. de donat. inter V. & U.* per quam nonnulli dissentiunt *v.* PEREZ *ad C. d. t. n. 17.* Morte donatarii donationem non confirmari manifestum est *v. c. fin. X. de donat. inter V. & U. l. 18. C. cod. v.* CARPZOV. *p. 2. C. 13. D. 14.* nec mors donantis civilis eam firmat *l. 32. §. 6. ff. cod.* fiscus tamen conjugi, cui donatum, rem auferre nequit *l. 13. §. 1. ff. l. 24. C. cod. conf.* LAUTERB. *C. J. d. t.*

§. 33. Quodsi donatorem donationis pœniteat, rem datam repetit rei vindicatione, si exstet, si autem consumta sit, condictio eatenus competit, quatenus accipiens locupletior factus *l. 5. §. fin. l. 6. 7. 33. §. 1. l. 36. 50. §. f. ff. l. 8. C. de donat. inter V. & U. l. 20. C. de jur. dot.* Donatarius tamen lucratur fructus industriales *v. l. 17. de donat. inter V. & U. l. 45. de usur. conf. l. 16. de A. A. P. l. 1. §. f. pro donat.* ac impensas in rem factas recuperat *l. 31. §. 2. de donat. inter V. & U. l. 10. de dol. mal. except. conf.* STRUV. *S. J. C. exerc. 30. §. 26. seqq.* Hodie horum jurium exiguus est usus, cum ad casum divortii liber potissimum pertineant.

§. 34. Alii contractus conjugum non improbantur *v. l. 7. §. 6. 7. l. 58. pr. de donat. inter V. & U. l. 16. §. f. de alim. legat.* modo fraus nulla subsit *l. 32. §. 24. l. 52. pr. de donat. inter V. & U. v.* CARPZ. *p. 2. C. 13. D. 22.* Inter principem quoque & Augustam donationes valent *l. 26. C. cod.* quod ad Status imperii recte applicatur. Moribus etiam sanctio juris civilis restringitur. Sic valet donatio morgengabæ CARPZ. *p. 2. C. 13. D. 19.* ut & quam uxor, cum consensu Curatoris, judicialiter marito facit CARPZ. *d. l. D. 16. 17.*

§. 35. Jure Saxonico singularia nonnulla insuper occurrunt. Uxor marito geradam donare nequit CARPZ. *d. l. D. 1.* valet tamen donatio remuneratoria, modo æqualitas subsit, ac illa, adhibito alio Curatore, coram judice vel Notario, solenniter fiat IDEM *d. l. D. 2. seqq.* Vendere quoque uxor geradam marito potest, etiam vili pretio ID. *d. l. D. 9. seqq.* quod ultimum tamen, ratione parum idonea, asseritur. Vice versa maritus res expeditorias uxori non aliter donare va-

let, quam coram judice, vel Notario & testibus, ac in doni æqualis compensationem ID. *d. l. D. 13*.

CAPUT V.
DE DISSOLUTIONE CONJUGII.

SUMMARIA.

Matrimonium aliquando ab initio nullum est §. 1.
Nullitas est vel absoluta vel hypothetica §. 2.
Illa dependet ex prohibitione legum divinarum ac vinculo præcedentis matrimonii §. 3.
Nec non ex prohibitione legum humanarum §. 4. 5.
Ac impotentia; hæc ex dolo & metu oritur §. 6.
Ut & errore efficaci §. 7. 8.
Conjugium verum dissolvitur morte & divortio §. 9.
Regulariter matrimonium est indissolubile §. 10.
Licet hoc semper non fuerit observatum §. 11.
Recte tamen solvitur ob justas causas §. 12.
Qualis sunt adulterium §. 13.
Malitiosa desertio aliæque §. 14.
Sed prævia judicis cognitione §. 15.
Effectus soluti matrimonii §. 16.
Ob furtum similesque causas matrimonium non est solvendum §. 17.
Nec ob inhabilitatem casu supervenientem §. 18.
Aliquando separantur conjuges à thoro & mensa §. 19.
Instituti hujus origo & moralitas §. 20. 21.
Ad separationem non properandum §. 22.
Separationis consectaria §. 23.

§. 1.



Issolutio Conjugii generalius accepta, sub se comprehendit (1.) *Declarationis nullitatis* (2.) *dissolutionem proprie dictam*, &(3.) *separationem à thoro & mensa*, de quibus nunc breviter agendum. Illa est *matrimonii putativi vel apparentis solutio;* Non ergo per eam, vinculum matrimoniale, sed externa solum conjugii schemata tolluntur, ac, nunquam verum aliquem nexum matrimonialem subfuisse, ostenditur.

§. 2. Oritur vero matrimoniorum *nullitas*, in genere ex *defectu consensus matrimonialis*, hic autem ex variis causis, nempe legum prohibitione, inhabilitate ad generandum, defectu rationis, metu, dolo vel errore colligitur; Inde existit duplex nullitas, *absoluta*, quæ simpliciter obtinet, nec consensu paciscentium tolli potest, & *Hypothetica*, quæ, ex hypothesi deficientis consensus, saltem locum habet, ac partium arbitrio emendabilis est *v.* STRYK *de dissens. spons. Sect. 5. §. 13*.

§. 3. Quodsi adeo consangvinei & affines, contra legis divinæ pro-

prohibitionem, conjungantur, matrimonium eſt nullum, & putativi conjuges ſeparari debent, de quo *c.3. §.40.* dictum *v.* STRYK *d. l. §. 14. ſeqq.* Idem dicendum, ſi quis, qui à priore conjuge nondum liberatus eſt, ad ſecunda vota tranſeat, de quo actum *c. 2. §.7. conf.* STRYK *d. Sect. 5. §.30. ſeqq.* ſi vero deſponſatus cum alia matrimonium ineat, tum vulgo quidem hoc validum pronunciant, ſed rectius id pro nullo habetur, ceu *c. 1. §.25. c. 2. §. 22.* admonitum, à DN. STRYKIO *d. Sect. 5. §.36. ſeqq.* autem pluribus probatum eſt.

§. 4. Leges humanæ, ad matrimonium, itidem aliquid, ſub pœna nullitatis, requirere poſſunt, hic enim imperii civilis, legibus divinis confirmati, eſt effectus *v.* STRYK *d. Sect. 5. §. 39. 40.* Sic matrimonium, absque conſenſu Patris initum, jure Romano eſt nullum *§. 12. J. de nupt.* id quod, in Marchia Brandenburgica, peculiari edicto 1694. confirmatum. Alias vero hodie ejusmodi matrimonia, accedente copula carnali vel hierologia, valida pronunciantur *vid.* STRYK *d. l. §. 41. 42.* ſed, id non indiſtincte admittendum eſſe, *c. 1. §. 7. 8.* admonui.

§. 5. Inter raptorem & raptam, matrimonium, jure Romano, etiam non ſubſiſtit, quod tamen hodie non adeo obſervatur STRYK *d. Sect. 5. §. 43. ſeqq.* Matrimonium, ſine prævio deſertionis proceſſu, à conjuge deſerto initum, ex lege quoque humana, nullum eſſe cenſetur STRYK *d. l. §. 45.* ſed nullitas potius, ex primo vinculo matrimoniali, hic oritur, fatendum tamen eſt, quod leges humanæ aliquid etiam cooperentur, nam, ob earum neglectum, cauſa nullitatis remanſit, quæ, iis obſervatis, tolli potuiſſet. Quodſi matrimonium illegitimum alicubi toleretur, liberi inde nati, alibi pro legitimis haberi poſſunt, ſed non debent *v.* STRYK *d. l. §. 46. v. ſupr. l. 1. c. 10. §. 27.*

§. 6. Ob impotentiam, matrimonium quoque nullum eſt *v. c. 6. X. de frigid. & malef.* CARPZ. *J. E. l. 2. D. 200. ſeqq.* STRYK *d. Sect. 5. §. 63. in not. ad Br. J. E. l. 2. c. 17. §. 2. ſeqq.* Ob dolum, volente parte læſa, matrimonium etiam nullum declarandum eſt STRYK *de diſſ. ſponſ. Sect. 5. §. 48.* quæ declaratio à judice partis læſæ quoque fieri poteſt ID. *d. l. §. 53. 54.* Ob metum verum & injuſtum, ſi pars coacta velit, matrimonium itidem nullum eſt ID. *d. l. §. 55. 56. conf.* OBSERV. LAUTERB. *Obſ. 767.*

§. 7. Error efficax matrimonium nullum facit; talis eſt, qui circa virginitatem committitur, nam hæc in ea, quæ pro virgine haberi vult, velut res ad matrimonium deſtinata, requiritur *v.* CARPZ. *J. E. l. 2. D. 193. ſeqq.* STRYK *de diſſ. ſponſ. Sect. 5. §. 59. 60. in not. ad Br. l. 2. c. 17. §. 25. v.* LEHMAN. *Chr. Spir. l. 7. c. 11.* Quodſi autem fœmina, pro virgine ſe non venditet, tum virginitas ad matrimonium non pertinet, ac error innoxius eſt: Idem dicendum videtur, ſi ea, quæ pro virgine habebatur, vidua ſit: aut ſponſa, in virginitate ſponſi, erraverit, ſed ultima ſententia non ſatis certa eſt *v. c. 2. qu. 6. c. 32. vid.* STRYK *de diſſ. ſponſ. Sect. 5. §. 61, 62.*

§. 8. Si in perſona erretur, cum de certa quadam actum ſit, matrimonium tam ob errorem, quam dolum, nullum eſt *v. C. un. C. 29. qu. 1.* STRYK *d. l. §. 58.* ſi vero quis ſe ipſum deceperit, ac ex errore, cum aliqua perſona, quam falſa imaginatione ſibi repræſentaverat, contraxerit, deinde, cognito errore, à promiſſione recedere non poteſt *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obſ. 768.* Error quoque circa bona animi, corporis vel fortunæ, ſaltem concomitans eſt, nec conſenſum neceſſarium excludit *add.* STRYK *d. Sect. 5. §. 64. ſeqq.*

§. 9. Diſſolutio matrimonii proprie dicta, eſt *conjugii veri diſtractio,* ac ſummatim fit *morte,* quod ſatis expeditum *v. l. 1. de divort. 1. Cor. 7. 39.* nec poteſt defunctus ſuperſtiti conjugi viduitatem ſimpliciter injungere *v. c. 2. §. 8. add.* CARPZ. *J. D. l. 2. D. 166. ſeqq.* ac *Divortio,* hoc eſt, *matrimonii legitime contracti, & concubitu plerumque conſummati, ob juſtas cauſas, utroque conjugum ſuperſtite, Magiſtratus autoritate, facta diſſolutio v. l. 1. 2. de divort. l. 191. de V. S.*

§. 10. Initur quidem matrimonium conſenſu mutuo, in eo tamen ab aliis negotiis conſenſualibus abit, quod neque mutuo diſſenſu, neque ob ejusmodi cauſas, quæ illud, ſi ſtatim adfuiſſent, impediviſſent, diſſolvi indiſtincte queat. Cenſetur autem matrimonii indiſſolubilitas dependere ex lege divina poſitiva univerſali, de cujus tamen *veritate* & *ſenſu* varie diſputari ſolet *v.* THOMAS. *J. J. D. l. 3. c. 3. §. 49. ſeqq.* STRYK *ad Br. J. E. l. 2. c. 17. §. 1. de diſſenſ. ſponſ. Sect. 6. §. 1. ſeqq.* BRUCKN. *Dec. matrim. c. 16.* Non improbabile eſt, ſi, divortia, ipſo jure naturali, regulariter prohiberi, dicamus *vid.* OBSERV. PUFEND. *Obſ. 489.*

§. 11. In-

§. 11. Interim prohibitio juris divini non semper, prout par erat, fuit observata. Apud Judæos divortia erant valde libera *v.* MATH. *5. v. 32. 19. 1. Cor. 7. 10.* ac apud Romanos facile quoque matrimonia solvebantur. In genere apud eos divortium, vel *legale*, quod ob captivitatem *v. l. 14. §. 1. de captiv. v. Nov. 117. c. 11. Nov. 22. c. 7.* & servitutem *l. 1. de divort.* obtinebat, vel *arbitrarium* fuisse videtur, hoc fiebat vel utriusque conjugis, vel unius dissensu, nonnunquam etiam ob causas non adeo graves *v. l. 9. de divort. l. 32. §. 10. de donat. inter V. & U. l. 8. §. 2. 3. C. de repud. Nov. 22. c. 4. seqq. Nov. 117. c. 8. 9. v.* STRYK. *de dissens. spons. Sect. 6.*

§. 12. Hodie observatur jus divinum, sive autem illud, naturale, sive positivum dicas, attamen tam rigide divortia non prohibet, ut non aliquando exceptiones admittat, & vulgo quidem, adulterium & malitiosam desertionem, velut justas divortii causas, adducere solent. Sed non tam *exempla*, quam eorum *rationem* considerare par est, quo facto, non improbabile est, si, *omne illud, quod cum fine matrimonii principali pugnat, ac à conjuge sponte suscipitur*, dirimendo matrimonio sufficere, dicamus.

§. 13. Eo pertinet (1.) adulterium *v. Matth. 5. v. 32. 19. v. 9.* CARPZ. *J. E. l. 2. D. 189.* BRUNNEM. *J. E. l. 2. c. 17. §. 16. seqq. ibique* STRYK. *in not.* etiam præsumtum *v.* STRYK. *de dissens. spons. Sect. 5. §. 2. 3.* Uxor quoque, ob adulterium mariti, discedere potest, licet hoc nonnulli negent *v.* STRYK *d. l. §. 4. seqq.* Aliquando tamen conjugum concubitus, vel in adulterium non incidit, (ut si per vim uxor stuprum patiatur *v. l. 13. §. 7. de adult. c. 6. X. de eo qui cogn. consangv. caus. 32. qu. 5.* aut conjux, ex errore vero, cum alio concumbat *c. 6. c. 34. qu. 1.*) vel solvendo matrimonio non sufficit, nempe si ambo adulterium committant *l. 13. §. 5. de adulter. l. 39. solut. matrim. c. 1. qu. 6. c. 32.* aut conjux delictum remittat *l. 13. §. 10. de adult. l. 47. solut. matrim.* vel adulterio occasionem præbeat *d. l. 47. sol. matrim. conf.* BEUST. *de matrim. p. 2. c. 23.*

§. 14. (2.) Malitiosa desertio *1. Cor. 7. 15.* CARPZ. *J. E. l. 2. D. 192.* BRUNN. *J. E. l. 2. c. 17. §. 26. seqq.* quæ tamen non facile præsumenda, sed legitimis mediis probanda est *v. Nov. 117. c. 11. cap. 19. X. de spons. v.* STRYK *de dissens. spons. Sect. 6. §. 9. seqq.* (3.) pertinax debiti conju-

conjugalis denegatio, quam sub malitiosa desertione, nonnulli comprehendere solent *v.* STRTK *d. l. §. 20. seqq.* qua extensione opus non est, cum per se, matrimonio solvendo, illa sufficiat (4.) insidiæ conjugis vitæ *v.* STRTK. *d. tr. Sect. 5. §. 9. seqq.* vel (5.) mariti virilitati structæ aut (6.) perpetua abortus procuratio *v.* LYNCKER. *Decis. Jen. Dec. 71.* BRUNNEM. *J. E. l. 2. c. 17. §. 33.*

§. 15. Cum autem causæ illæ, plerumque sint dubiæ, hinc facile liquet, privato conjugum arbitrio, dissolvi matrimonium non posse. Ad implorationem igitur partis læsæ *v. l. 4. §. 8. de damn. inf. c. 5. X. de procur.* CARPZ. *J. E. l. 2. D. 189. n. 14.* instituto legitimo processu, de quo alibi dicendum erit, matrimonium dirimit Judex, & plerumque quidem Ecclesiasticus, sive Consistorium CARPZ. *l. 2. D. 1.* BEUST. *de matrim. p. 2. c. 24. seqq.* Illud etiam manifestum est, matrimonium saltem dissolvi posse, si pars læsa velit, non vero si lædens: absurdum enim esset, si ex delicto suo, quis jus resiliendi à matrimonio, consequeretur.

§. 16. Soluto matrimonio, pars innocens aliud inire potest, & maritus quidem statim, uxor vero post annum, ne de prole dubium oriatur *l. 8. §. 4. C. de repud.* quodsi igitur satis constet, eam non esse gravidam, annus ille non videtur esse observandus. Parti autem nocenti aliud matrimonium iniri non licet, si tamen se continere nequeat, autoritate publica, ei novæ nuptiæ ea conditione permittuntur, ut domicilium mutare debeat *v.* CARPZ. *J. E. l. 2. D. 190. seqq. l. 3. D. 71.* quodsi, sine permissione publica, matrimonium contrahat, illud nihilominus ratum est, ac contrahens saltem punitur *v.* STRTK *de diss. spons. Sect. 6. §. 46. 47.* In genere nulla gravis causa subest, ob quam pars nocens, post exceptam pœnam, à matrimonio alio arceri debeat. *v.* MATH. *de crim. l. 48. tit. 3. c. 2. n. 3. in fin.*

§. 17. Ob furtum, paupertatem, non solutam dotem ac religionis diversitatem, conjugium non solvitur CARPZ. *l. 2. D. 203. seqq.* si tamen, cum religione assumta, matrimonium pugnet, ut si Turca bigamus, vel ethnicus, consangvineæ nimis propinquæ, veluti sorori, aut sororis filiæ junctus, religionem christianam amplectatur, illud utique solvendum erit *v.* STRTK. *ad Br. J. E. l. 2. c. 17. §. 30. v. §. 3. h.* Porro ob furorem vel gravem morbum, dissolutio conjugii haud est facien-

facienda *v.* LAUTERB. *C. J. de divort.* ſed mala illa fatalia patienter ferre debent Conjuges.

§. 18. Exinde conſequitur, quod nec ob inhabilitatem caſu ſupervenientem, matrimonium ſolvendum ſit *v.* CARPZ. *J. E. l. 2. D. 202.* licet nonnulli, præſtitis infelici conjugi alimentis, ſi alia media non ſuppetant, conjugii diſſolutionem permittant *v.* STRYK *de diſſ. ſponſ. Sect. 5. §. 12.* ZIEGLER. *ad Lancell. l. 2. tit. 12. §. 10.* BRÜCKNER. *Deciſ. matrim. c. 23.* ſed prior ſententia verior & æquior eſt, nam & illud infortunium, fatale eſt. Plane ſi conjux magna culpa malum ſibi attraxerit, aut alias ſingularis aliqua cauſa concurrat, divortium admitti poterit.

§. 19. Ceſſantibus igitur divortii cauſis, conjuges non ſunt ſeparandi, ſed ad cohabitationem potius reluctantes compellendi *vid.* CARPZ. *l. 2. D. 207. ſeqq.* Quodſi tamen cauſæ quædam exiſtant, quæ dirimendo quidem matrimonio non ſufficiant, attamen nec plane negligendæ videantur, ſeparatio à thoro & menſa fieri ſolet, quæ eſt *cohabitationis conjugalis, ſalvo vinculo matrimoniali, ſublatio v.* CARPZ. *d. l. D. 210.*

§. 20. Eam juri civili plane fuiſſe incognitam, quidam cenſent *v.* STRYK. *ad Br. J. E. l. 2. c. 17. §. 31.* CARPZ. *d. D. 210. n. 3.* quod tamen ex *l. 3. de divort.* non probatur, cum nihil aliud ibi dicatur, quam divortium non fieri, niſi ex deliberatio conſilio. Illud verum eſt, ſeparatione illa, ex hypotheſibus juris Romani, præcipue antiqui, opus non fuiſſe, cum conjugibus divertere licuerit, quemadmodum etiam ſeparatio, quæ autoritate Magiſtratus fit, apud Romanos non fuit uſitata, privatam tamen ſeparationem iis nec incognitam, nec inuſitatam fuiſſe, liquet ex *l. 32. §. 13. de donat. inter V. & U. l. 15. rer. amot.* & brevis diſceſſio, jurgii *l. 31. de jur. dot. l. 27. de pact. dotal.* & fribuſculi *l. 32. §. 12. de donat. inter V. & U.* nomine venit.

§. 21. Separatio, quæ hodie obtinet, ex jure Canonico, divortia plane non admittente, cenſetur habere originem *v. c. 1. 2. X. de divort.* CARPZ. *d. D. 210.* STRYK *d. l.* nec deſtituitur illa ratione, ſi ut medium temporarium ſpectetur, quo & mala metuenda averti, & conjuges, ob negatam divertendi licentiam, ad commoditatem morum, mutuamque tolerantiam, incitari queant. Fit autem illa ſeparatio,

autoritate Consistorii, ob justas causas, ut sævitiam, rixositatem, aut infidelem administrationem CARPZ. *l. 2. D. 211. seqq.* BRUNNEM. *J. E. l. 2. c. 17. §. 31. ibique* STRYK. *in not.*

§. 22. Posita vero licet justa causa, ad separationem tamen non properandum, sed reconciliatio potius à judice tentanda est; Quodsi etiam pars lædens facti pœnitentiam ostendat, ac, officio suo se deinceps rite esse functuram, addita quandoque cautione, promittat, tum separatio est omittenda CARPZ. *d. l. D. 217. seqq.* STRYK. *d. §. 31.* His deficientibus vel frustra adhibitis, separatio decernitur, ac pendente ejus processu, parti lædenti recte injungitur, quo separatim habitet CARPZ. *d. l. D. 222.*

§. 23. Separatione secuta, maritus, si ei occasionem præbuerit, alimenta, à judice determinata, uxori præstare, vel illata ei restituere tenetur, his tamen ad alimenta non sufficientibus, defectum de suo supplere cogitur CARPZ. *d. l. D. 213. 214. p. 3. C. 26. D. 18.* Quodsi vero uxor, separationis causa fuerit, tum, de illatis solum, maritus eam alit, quæ obligatio tamen etiam cessat, si alia bona uxor possideat, quæ ei alendæ sufficiant STRYK *in not. ad Br. l. 2. c. 17. §. 31. p. 687. n. 6.* Si separati conjuges reconcilientur, deinde iterum cohabitare debent, quo casu, à lædente, nonnunquam cautio exigitur, eidemque vicissim pœna promerita remittitur, CARPZ. *d. l. D. 216. seqq. v.* BEUST. *de matrim. p. 2. c. 10.* si vero nocens reconciliationem constanter renuat, plena matrimonii dissolutio videtur esse suscipienda, cum ista contumacia malitiosæ desertioni non sit absimilis *conf.* SPECIM. JUR. ECCLES. *l. 4. c. 4.*

CAPUT VI.
DE REPETITIONE ILLATORUM.

SUMMARIA.

Circa repetitionem illatorum jus Romanum & Germanicum valde discrepant §. 1.

Apud Romanos dotem repetebat pater & uxor §. 2.

Ac aliquando extraneus, sed hodie uxor fere eam saltem repetit §. 3.

Actiones diversæ pro repetitione competunt §. 4.

Repetitionis materia jure Romano & Germanico §. 5.

In modo repetendi inter jus romanum & germanicum est diversitas §. 6.

Solu-

§. I.



Oluto matrimonio dos, apud Romanos, repetebatur, quæ repetitio, juxta propria ipsorum instituta, potissimum fiebat, sed cum illa, cum germanicis, non adeo conveniant, hinc, in plerisque fere repetitionis capitibus, aliqua diversitas occurrit: Inprimis hodie non tam de dote, quam in genere potius, de illatis repetendis, quæri solet, qua de re specialius nonnihil dispiciemus.

§. 2. Apud Romanos, uxor, Pater & extraneus dotem quandoque repetebant. Et quidem *matrimonio, per mortem mariti vel divortium, soluto*, Pater cum filia, in potestate existente, simul; emancipata vero sola dotem, tam profectitiam, quam adventitiam repetiit, si modo extraneus, ultimam sibi reddi, non erat stipulatus *v. l. 22. §. 5. ff. l. 7. C. solut. matrim. l. 34. §. 5. de Legat. 2.* HUBER *in posit. ad ff. solut. matrim. n. 13.* si vero *matrimonium morte uxoris solutum* esset, Pater dotem profectitiam repetebat *l. 6. de jur. dot. l. 12. l. 26. pr. §. 2. de pact. dotal.* adventitia vero sequebatur hæredes uxoris *l. ult. §. pen. ut legat. nom. caveat.* ut & profectitia, deficiente Patre *l. un. §. 6. C. de R. U. A. v.* HUBER *d. l. n. 8. seqq.*

§. 3. Extraneus toties repetebat dotem adventitiam, quoties, eam sibi reddi, stipulatus, vel pactus erat *l. 6. C. de jur. dot. l. un. §. 13. C. de R. U. A.* quæ dos, *receptitia* olim dicta *v. l. 31. §. 2. de m. c. donat.* HUBER. *d. l. n. 10.* Cæterum hodie extraneus rarissime, Pater vero, qua talis, nunquam repetit dotem, hinc dos vel apud uxorem, vel ejus hæredes manet, & aliquando ipse Pater & maritus, ut hæredes uxoris, illam consequuntur, quæ, in multis Germaniæ Territoriis, experientia satis, ni fallor, confirmat.

§. 4. Dotem extantem uxor & Pater rei vindicatione *l. 30. C. de*

 jur.

jur. dot. l. 11. C. solut. matrim. consumtam, actione ex stipulatu *l. un. C. de R. U. A.* extraneus vero, si sibi eo nomine prospexerit, actione ex stipulatu vel præscriptis verbis repetit *l. 6. C. de jur. dot. l. un. §. 13. C. de R. U. A.* Quæ actiones, quoad subjecta habilia, hodie quoque occurrunt, sed actio personalis, hodie potius *condictio ex moribus*, dicenda, de quo tamen non valde contendendum.

§. 5. Jure Romano repetitur dos vel ejus æstimatio *l. 42. ff. l. 5. 10. 21. C. de jur. dot.* fructus quoque ante & post matrimonium percepti *l. 7. de jur. dot. l. 38. §. 12. de usur. l. 7. 11. 31. §. f. solut. matrim. l. un. §. 7. C. de R. U. A.* restitui debent, hinc pendentes ultimi anni fructus, pro rata, dividuntur *l. 7. §. 1. solut. matrim.* competit vero marito *l. 12. solut. matrim. l. un. §. 7. C. de R. U. A.* ac ex benigna interpretatione, ejus liberis *l. 18. solut. matrim.* beneficium competentiæ. Hodie non tantum de repetitione dotis, sed & bonorum paraphernalium, quæritur.

§. 6. Apud Romanos dos repetebatur matrimonio per mortem & divortium arbitrarium soluto *l. 240. de V. S.* Sed uti posterior causa hodie plane cessat, ita nec ob priorem repetitio, perinde ut apud Romanos, fieri solet, nam, marito mortuo, uxor sæpe, injectis bonis propriis, ad portionem statutariam, admittitur: mortua vero uxore, maritus non raro, ejus bona, ex statuto, testamento vel pacto, vel in solidum, vel ex parte lucratur. Ex quo consequi videtur, de fructibus dotis & beneficio competentiæ, in foro nostro, non adeo frequentes esse quæstiones ac in Romano. Porro nec illa juris Romani sanctio, qua res immobiles statim, mobiles intra annum restitui jubentur *l. un. §. 7. C. de R. U. A.* hodie in usu esse videtur, cum potius restitutio vel plane cesset, vel statim fieri debeat, dispositio etiam Romana divortium respexisse potissimum videatur.

§. 7. Jure Romano maritus, mortua uxore, dotem ex pacto lucratur, quod hodie quoque obtinet *v. c. 4. §. 25.* Præterea vero totam hæreditatem vel ejus partem, ex statuto vel conventione, idem accipere potest, quod jure Romano incognitum. Matrimonio per culpam uxoris soluto, maritus quoque dotem acquirit *l. 8. §. 5. C. de repud. Nov. 117. c. 8. §. 2.* modo uxorem in adulterio non occiderit *l. 10. §. 1. solut. matrim.* vidua quoque ob stuprum intra annum luctus commissum,

missum, donationem propter nuptias, quam ex pacto vel statuto accepit, perdit *Nov. 39. c. fin. v.* HUBER. *in posit. ad ff. solut. matrim. n. 15. 16.*

§. 8. Sed illa etiam non ubique observantur. In Saxonia pœna viduæ non obtinet *v.* CARPZ. *Pr. Crim. qu. 65. n. 44. seqq.* Ob adulterium vero & malitiosam desertionem, uxor jura sua, quæ in bona mariti habebat, amittit, maritus autem bona ejus mobilia, tam dotalia quam paraphernalia, exceptis saltem regulariter geradicis, lucratur, in immobilibus retinet usumfructum, mortua vero uxore, ad hæredes ejus illa devolvuntur CARPZ. *qu. 64. n. 31. seqq.* Si quis autem vitiatam, quam pro virgine duxerat repudiet, tum bona illata, cum parte dimidia donorum nuptialium, ei præstari debent CARPZOV. *J. E. l. 2. D. 199.*

§. 9. Quodsi adulterio vel malitiosa desertione mariti, matrimonium sit solutum, tum ipse omne jus, quod ex statuto vel pacto, ei in bona uxoris competebat, amittit, uxor autem alimenta, usque ad matrimonii dissolutionem, &, hac secuta, illata, vel portionem statutariam ex bonis mariti adulteri vel desertoris, quæ tempore divortii habet, accipit. CARPZ. *qu. 64. n. 40. seqq.* STRYK. *de dissens. sponsal. Sect. 6. §. 49. 50.* Ad desponsatos illa non pertinent, sed hi potius suum retinent, sponsalibus, ob adulterium vel desertionem, non procedentibus CARPZ. *d. qu. 64. n. 45. seqq.*

§. 10. Facta separatione à thoro & mensa, partem innocentem non amittere jus succedendi, quod ex statuto vel pacto in alterius conjugis bona habet, si hic in fata concedat, palam est *v.* CARPZ. *p. 3. C. 26. D. 20.* Sed an vice versa, pars nocens jus succedendi in bona conjugis innocentis, si hunc mori contingat, salvum retineat, quæritur? Negat hoc BRUNNEM. *J. E. l. 2. c. 17. §. 32.* & STRYK *in not. ibid.* Sed CARPZOV. *p. 3. C. 26. D. 1. 15. J. E. l. 2. D. 215. Pr. Crim. p. 2. qu. 58. n. 70. seqq.* censet, conjugem, qui privato ausu conjugem deserit, jure quidem suo privari, sed si ob illam desertionem, vel similem causam, separatio à thoro & mensa per judicem fiat, tum partem nocentem, jus succedendi habere integrum.

§. 11. Istam sententiam, uti perspicue *in Const. Saxon. 26. p. 3.* fundari putat, ita rationem diversitatis, inter duos illos casus, eam esse dicit: *conjugem nocentem, ante separationem judicialem, lucro statutario*

rio privari ideo, quod non fecerit suum officium, ad cohabitationem conjugi obstrictus; hoc vero eum haud neglexisse videri, qui per sententiam Magistratus à cohabitatione fuerit absolutus, & cui adeo nihil possit imputari.

§. 12. Sed prima sententia verior est, & conjux nocens jus succedendi amittit, sive privato saltem ausu conjugem deserat, sive, ob hanc similemve causam, à thoro & mensa ejus, per judicis sententiam, separetur: nam licet vinculum matrimoniale adhuc subsit, attamen conjux nocens, quantum in se est, utroque casu, conjugis personam velut exuit, ad adeo jura conjugis sibi amplius arrogare nequit *v. l. un. §. 1. unde vir & uxor.* Non obstat, quod tamen maritus nocens, post separationem judicialem, retineat usumfructum, modo alimenta uxori præstet, quod retuli *cap. præc. §. 23.* quodque ex *l. 22. §. 8. sol. matrim.* etiam probabile redditur.

§. 13. Nam hoc fit ob spem reconciliationis, hæc vero, post mortem conjugis innocentis, plane cessat, igitur nocenti conjugi, quamdiu innocens vivit, jura sua merito relinquuntur, sed, hoc mortuo, recte negantur, quia jam certum est, quod personam conjugis, quam ultro deposuit, reassumere nequeat. Sic prior assertio salva, nec tamen opus erit, ut cum Brunnemanno *J. E. l. 2. c. 17. §. 32.* etiam jus fruendi dote cæterisque bonis, marito negemus, aut ipsum, ad quartam substantiæ suæ, uxori dandam, condemnemus, nam hoc ultimum ex *Nov. 117. c. 5. in fin.* non probatur, cum illa de divortio agat.

§. 14. Sententia Carpzovii nec rationibus conjugalibus, nec Constitutioni Saxonicæ congruit; nimis diluta enim est illa, quam reddit, disparitatis ratio, nam conjux nocens, etiam post separationem à thoro & mensa, judicialiter factam, ad innocentem redire, cum eaque reconciliari debet, hinc utique officium negligit, si ei nunquam cohabitet, aut, ut cohabitatio sequi possit, efficiat. Oppido autem, mea quidem sententia, interpretes Saxonici, ac in specie Carpzovius, falluntur, quando Constitutionem Saxonicam de separatione à thoro & mensa accipiunt, ita quidem, ut, ejus intuitu, *regulam* & *exceptiones* proponi existiment.

§. 15. Loquitur potius Constitutio illa, de *plena matrimonii dissolutione*, ac *casum dubium decidit*, postea vero *tres casus indubios & cer-*

certos refert. Primum patet ex eo, quod ſermo ſit (1.) de *malitioſa deſertione*, ob hanc vero, non ſeparatio à thoro & menſa, ſed divortium decerni ſolet, de hoc ergo Conſtitutionem agere, probabile eſt. Accedit, quod (2.) mox *divortii, der eheſcheidunge* fiat mentio, cum autem per illud, non ſeparatio à thoro & menſa, ſed plena diſſolutio regulariter intelligatur, ideo ſignificatus maxime uſitatus, in dubio hic quoque eſt aſſerendus.

§. 16. Igitur, quantum ad alterum, verus conſtitutionis ſenſus hic eſt: *Deſerens privatur ſucceſſione, modo defuncti heredes hoc petant & judicis cognitio interveniat*, qui caſus hactenus videbatur dubius. Poſtea ſequuntur tres caſus certi, ſed non ejusdem plane generis. (1.) *niſi divortium, propter deſertionem, judicis ſententia, jam ſit factum*, tum enim, ſine ulteriori petitione & cognitione, certum eſt, quod deſerens ſucceſſione privetur, vel (2.) *niſi innocens, ante mortem, deſerenti injuriam expreſſe*, vel (3.) *in teſtamento, aliquid ei legando, tacite remiſerit*, nam his caſibus, ſine dubio, jus ſuccedendi, deſerenti manet ſalvum.

§. 17. Conſtante matrimonio, dos repeti nequit *l. un. C. ſi dos conſt. matrim.* niſi ad alendos parentes, vel liberos prioris matrimonii *v.* PEREZ. *ad C. d. tit.* aut maritus ad inopiam ſit redactus *l. 29. 30. C. de jur. dot.* Sed accurate loquendo, prior ſimilisve cauſa dotem quidem onerare poteſt, ſed ei repetendæ non ſufficit; poſteriori vero caſu, dos non repetitur, ſed contra creditores ſaltem defenditur, marito autem omne jus ſalvum manet: In Saxonia Electorali, id non tantum quoad dotem, ſed & alia bona quæ mulieri debentur, obtinet, etſi uxor non eodem jure, quoad omnia gaudeat, de quo alibi dicendum. De cætero illa jura etiam fœminæ, quæ ſciens obærato marito nupſit, competunt *v.* STRAUCH. *diſſert. 3. §. 19. Deciſ. Saxon. 6.* In iis vero locis, in quibus uxores pro maritis ſolvere debent, illa ceſſant.

§. 18. Mulier dotem repetens, impenſas in eam factas, marito vel hæredi reſtituere tenetur, non tamen indiſtincte, nam impenſas fructuum *l. 3. §. 1. l. 15. 16. de impenſ. in rem dot. l. 7. §. fin. ſolut. matrim.* & quæ in rei tutelam *dd. ll.* vel propter onera realia fiunt *l. 13. de impenſ. in rem. dot. fact.* denique expenſas rei modicas *l. 12. eod. l. 7. §. 2. de uſufr.* maritus ex ſuo facere debet: Impenſas vero neceſſarias & magnas,

magnas, de quo judex cognoſcit *l. 12. de impenſ. in rem dot. l. 7. §. 2. de uſufr.* repetit *l. 5. de impenſ. in res dot. fact. l. 1. §. 4. de dot. præleg.* adeo ut nec pacto aliud conſtitui queat *l. 5. §. fin. de pact. dotal.* quoad tamen ſine ſolida ratione aſſeritur.

§. 19. Si res dotalis perierit, impenſarum debitum nihilominus manet *l. 4. de impenſ. in rem dot. fact.* ſi dos, absque deductione harum impenſarum, ſit reſtituta, maritus habet condictionem indebiti *l. 5. §. 2. eod.* quod iterum ex falſo aliquo præſuppoſito aſſeritur *v. l. 5. c. 13. §. 32. 33. 34.* Impenſas utiles, mulieris conſenſu factas, maritus deducit adeoque ſpecies dotales tamdiu retinet, donec, impenſarum nomine, ei ſit ſatisfactum, *l. 8. eod.* ſed iſtam retentionem prohibuit Juſtinianus, ac maritum, ad actionem mandati vel negotiorum geſtorum, ablegavit *l. un. §. 5. C. de R. U. A.* compenſatio tamen propria, in quantitatibus dotalibus, etiam jure novo, quoad impenſas neceſſarias & utiles, obtinet *v. l. 7. §. 5. ſolut. matrim. l. fin. C. de compenſ.*

§. 20. Impenſas voluptuarias *v. l. 14. de impenſ. in res dot. fact.* maritus tantum tollere poteſt, licet voluntate mulieris factæ ſint *l. 11. eod.* modo ablatio marito ſit utilis, & fieri poſſint ſine rei detrimento *l. 9. eod. l. un. §. 5. in fin. C. de R. U. A.* ſi tamen res dotales, promercales fuerint, voluptuariæ impenſæ induunt naturam utilium *l. 10. de impenſ. in res dotal.* Hodie jura hæc non quidem plane ceſſant, quia tamen repetitio dotis aliarumque rerum, non perinde ſit ac jure Romano, ceu ex antedictis patet, ideo non adeo frequens eorum videtur eſſe uſus *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obſ. 786. 787.*

§. 21. Mulieri dotem repetenti, olim aliquando *exceptio rerum amotarum* objiciebatur, vel etiam *actio rerum amotarum*, propter res amotas, contra eam inſtituebatur, quam Juſtinianus confirmavit, improbata exceptione *l. un. §. 5. C. de R. U. A.* In genere eſt *actio perſonalis, competens, ſoluto per divortium matrimonio, conjugi, contra conjugem, divortii cauſa, conſtante matrimonio, res quasdam amoventem, ad res illas vel earum æſtimationem recuperandas v. l. 1. 8. §. 1. l. 9. 17. 21. §. f. l. 24. 25. 29. 30. rer. amot.* LAUTERB. *C. J. d. t.* Hodie actio illa uſum non habet, verum tamen eſt, quod conjux, ob amotionem, tam conſtante quam ſoluto matrimonio, conveniri *v. l. 22. §. f. l. 25. rer. amot. l. 12. 13. de hered. petit.* ac aliquando etiam puniri poſſit *conf.* OBSERV. LAUTERB. *Obſ. 788. 789.*

CAPUT

CAPUT VII.
DE USU JURISJURANDI IN RE MATRIMONIALI.

SUMMARIA.

§. 1.

DE Juramentis in genere, actum est *l. 2. c. 14. ff.* Hoc loco non inutile videtur, ejus usum, in re matrimoniali, specialiter expendisse. Circa hanc disquisitionem, discrimen sponsaliorum *validorum* & *invalidorum*, de quo *c. 1. §. 5. seqq.* dictum, fundamenti loco debet supponi, nam usus juramentorum saltem ad ea pertinet, quæ probata illorum veritate, valerent, si vero ejusmodi allegentur sponsalia, quæ, probata licet, nullius essent momenti, tum frustraneum, inquirendæ eorum veritati, jusjurandum adhibuisse.

§. 2. Quod ergo *jusjurandum judiciale* attinet, illud solum *affirmative*, pro matrimonio, non *negative*, contra illud, deferri posse, vulgo existimant *v.* CARPZ. *J. E. l. 3. D. 44. add.* BRUNNEM. *J. E. l. 3. c. 5. §. 2.* Sed posterius non satis probatur. Dicunt (1.) *delationem negativam tendere ad vinculi conjugalis dissolutionem, quæ tamen privato arbitrio non subsit vid.* CARPZOV. *d. l. n. 10.* Verum aliud est: *vinculum quod adest, solvere*, & aliud: *quærere an aliquod adsit?*

adsit? *v.* CARPZ. *l.3. D.40.n.3. seqq. l.3. D.233. n.7.* Esto, quod vinculum verum, arbitrio privato solvi nequeat, attamen jactata indissolubilitas vinculi dubii impedire non potest, quo minus quibusvis mediis legitimis ejus veritas exploretur, ut taceam, indissolubilitatem nexus sponsalatii, parum esse certam *v. c. 1. §. 22.*

§. 3. Pergunt (2.) *contra matrimonium non admitti transactionem, adeoque nec juramentum* CARPZ. *d. D. 44. n. 11. 12.* sed à transactione extrajudiciali, ad jusjurandum judiciali, non recte inferre videtur (3.) *delationem juramenti, excepto imprægnationis casu, nullius esse effectus, cum sponsalia, sine testibus contracta, clandestina atque invalida sit* CARPZ. *d. l. n.13.* Verum illa ratio saltem ostendit, quod juramentum, intuitu sponsaliorum invalidorum, non sit deferendum; sed quid faciendum, si imprægnatio accesserit, aut testes, qui sponsalibus interfuerunt, sint mortui, vel sponsalia clandestina, aliquo in loco, non habeantur pro invalidis?

§. 4. Quæ cum ita sint, omnino dicendum videtur, quod juramentum etiam contra matrimonium deferri queat, minimum eo casu, quo aliæ probationes deficiunt, vel frustra susceptæ sunt, nec enim putem, apices processus, qui, post probationem, juramenti delationem non admittere solent, *v. O. P. S. tit.18.* CARPZ. *Proc. tit. 11. art. 1. n. 26.* in causis matrimonialibus, præcise esse observandos *v.* BRUNNEM. *J. E. l.3. c.5. §.1. in fin.* Defendendæ autem isti sententiæ sufficit, quod contraria solidis rationibus non nitatur, nam quivis actus, merito tamdiu licitus habetur, donec probetur contrarium.

§. 5. Possunt tamen, pro delatione negativa, hæ rationes afferri (1.) quia vinculum sponsaliorum, ex veriori sententia, non est indissolubile, ceu *§. 2. in fin.* admonitum (2.) ex admissa indissolubilitate, delatio negativa potius asseri, quam negari debet, si enim cavendum est, ne à vinculo matrimoniali facile discedatur, orta controversia, negans non statim dimittendus, sed ejusmodi medio potius tentandus est, quo, ad veritatis confessionem, etiam adigi queat: nam illo casu vinculum matrimoniale, quod subesse potest, simpliciter deseritur, hoc vero, non raro illud conservari potest (3.) admittitur purgatorium, contra matrimonium, ex indiciis præsumtum, cur non ergo juramentum deferre liceat, eo præcipue casu, quo, pro matrimonio, nulla militant indicia?

§. 6. His

§. 6. His positis, usus juramenti judicialis esse potest, si (1.) agatur ex sponsalibus publicis, & testes vel mortui sint, vel haberi nequeant (2.) si impraegnatio accesserit, & tam haec, quam matrimonii promissio negetur *v.* DN. BERGER. *in resolut. ad Lauterb. C. J. de jurejur. p. 190. edit. noviss.* si (3.) concessa impraegnatione, sponsalia negentur, aut (4.) sponsalia clandestina, aliquo in loco, pro validis habeantur, quod quidem regulariter dicendum esse, *c. 1. §. 9.* admonui *v.* BRUNNEM. *J. E. l. 3. c. 5. §. 1. in fin.*

§. 7. Porro judex, in causa matrimoniali, quandoque juramentum defert, & quidem si indicia pro matrimonio militent, quae tamen semiplenam probationem non efficiant, neganti *juramentum purgatorium* defertur, CARPZ. *J. E. l. 3. D. 45.* dummodo ejusmodi allegentur sponsalia, quae, si probentur, effectum habere queant, nam, ratione invalidorum, ac in specie clandestinorum in Saxonia, idem frustra exigetur CARPZ. *d. l. D. 42. n. 14.*

§. 8. Si quis stuprum confiteatur, sed promissionem matrimonii neget, tum sola illa confessio, pro hac nullam inducit praesumtionem, ob quam neganti purgatorium sit deferendum, cum experientia doceat, stupra perinde sine, ac cum matrimonii promissione, fieri solere CARPZ. *d. l. 3. D. 47.* LAUTERB. *C. J. de jurejur. purgat. lit. R. Decis. Saxon. 81.* Interim multi contrarium asserunt *v.* CARPZ. *p. 1. C. 22. D. 4. Pr. Crim. p. 2. qu. 68. n. 94. seqq.* BEUST. *de matrim. p. 1. c. 47.*

§. 9. Inprimis BRUNNEM. *J. E. l. 3. c. 5. §. 8.* pro sententia contraria has affert rationes (1.) *à parte maris, non libidinem, sed affectum magis honestum, esse praesumendum, cum praesumtio fieri debeat in meliorem partem l. 51. pro soc.* sed illa procedunt, si is, cujus interest, praesumtioni illi non contradicat (2.) *à parte foeminae non esse praesumendum, quod, sine matrimonii promissione, pudorem prostituerit, sed potius existimandum, eam, ob spem matrimonii, in concubitum consensisse,* verum, hanc praesumtionem nullo niti fundamento, experientia docet.

§. 10. Ulterius (3.) *confessam copulam carnalem, esse indubitatum & proximum indicium promissi matrimonii,* hoc probandum erat, cum de eo omnis sit quaestio (4.) *exigere hoc jus divinum, quo stuprator stupratam ducere & dotare debeat Exod. 22, 16. Deut. 22, 28.* sed illa lex,

particularis est, imo si eam admittamus, de promissione matrimonii, plane non est disputandum, cum solum stuprum ducendi necessitatem operetur (5.) *c. 1. 2. X. de adult. ut & Ord. Consistor. Brandenb. tit. 62.* verum illæ leges saltem ostendunt, stupratorem esse puniendum, minime vero, quod ex stupro præsumatur promissio matrimonii. His addi posset (6.) *l. 24. de R. N.* sed illa solum ostendit, quod, ex duabus cojunctionibus licitis, in dubio magis solennis sit præsumenda.

§. 11. Licet vero, in casu allato, juramentum purgatorium locum non habeat, judiciale tamen stupratori, ratione promissi matrimonii, deferri posse, ex antedictis sequitur. Illud quoque certum est, quod purgatorium exigi possit, si non solum de stupro res certa sit, sed & alia indicia, pro matrimonii promissione, concurrant CARPZ. *J. E. l. 3. D. 48.* qualia nonnunquam, ex conditione personæ stupratæ, desumi possunt. Idem dicendum, si tam concubitus, quam promissio matrimonii negetur, pro utroque tamen conjecturæ quædam militent CARPZ. *d. l. D. 49.*

§. 12. Qui juramentum purgatorium præstitit, ab actione instituta absolvitur, eique, ad alia vota transeundi, potestas conceditur: Recusans vero, habetur pro confesso CARPZ. *d. l. D. 51. 52.* Quod si promissio matrimonii, ex literis Rei manifeste appareat, hic tamen, inusitata quadam interpretatione, eam elidere conetur, illa insuper habita, Reus ad purgatorium haud admittendus, sed potius, velut convictus, ad sponsaliorum consummationem adigendus est CARPZ. *d. l. D. 50.*

§. 13. Si sponsalia uno teste, omni exceptione majore, probentur, probans ad *juramentum suppletorium* admitti potest CARPZ. *J. E. l. 3. D. 46.* quamvis alii, ac in specie ipse CARPZOVIUS *p. 1. C. 23. D. 10. Pr. tit. 12. art. 2. n. 60. seqq.* id non aliter concedant, quam si, pro probante, insignis insuper militet conjectura, vel adversarii consensus accedat *v.* LAUTERB. *C. J. de jurejur.* verb. *necessarium lit. O.* Sed, pro ratione personarum, prior etiam sententia admittenda erit. Illud autem juramento judiciali, purgatorio & suppletorio commune est, quod, in Saxonia, immediate præstanda sint, nec fatale oblationis, circa ea, observetur CARPZ. *J. E. l. 3. D. 53. 54. conf.* SPECIM. JUR. ECCLES. *l. 5. c. 5.*

§. 14. Quæ

§. 14. Quæ ratio eſt jurisjurandi judicialis, eadem fere eſt *Transactionis*, hinc ſi, ſponſalia arbitrio privato ſolvi poſſe, ſupponas, affirmative & negative, intuitu matrimonii, tranſigi poteſt, ita quidem, ut vel pure, vel ſub conditione *jurisjurandi voluntarii*, transactio fiat. Si autem, ex ſententia receptiori, ſponſalia inſolubilia dicas, tum negativa transactio non aliter fieri poterit quam autoritate judicis, & quoad promiſſionem dubiam, quod *l. 5. c. 15. §. 7.* retuli *v.* CARPZ. *J. E. l. 2. D. 233. l. 3. D. 39. ſeqq. conf. §. 2. h.*

§. 15. Sed in eo non ſubſiſtunt, verum contra ſponſalia certiſſima, quandoque etiam transactionem vel pactum admittunt *v.* CARPZ. *l. 2. D. 176.* STRYK. *ad Br. J. E. l. 3. c. 3. §. 4.* quod etſi recte fiat, tamen, cum toties laudata ſponſaliorum indiſſolubilitate, *v.* CARPZ. *l. 3. D 39. n. 11. D. 40. n. 2.* non facile conciliabitur. Facta transactione, tranſigentes ſunt liberi, ac ad alia vota tranſire poſſunt, ſi quis tamen transactioni non ſatisfaciat, interdictione novi conjugii, ad fidem ſervandam, commodiſſime adigetur CARPZ. *l. 3. D. 41.*

§. 16. Implicita transactio occurrit in *remiſſione actionis institutæ*, de qua hæc docet CARPZ. *p. 3. D. 33. ſeqq.* Poſſe actionem remitti etiam poſt litem conteſtatam, injunctam, ſuſceptam & peractam probationem, imo poſt ſententiam conceptam & publicatam, modo nondum in rem judicatam illa tranſierit, quæ omnia, ex vulgari hypotheſi, de caſibus dubiis, erunt intelligenda *v.* CARPZ. *l. 3. D. 40. n. 13.* BRUNNEM. *J. E. l. 3. c. 3. §. 4.* licet, juxta veram hypotheſin, ſimpliciter poſſint admitti. Remiſſa autem actione, perſonæ liberæ ſunt, ac impenſas proceſſus illa pars ferre debet, quæ liti occaſionem dedit CARPZ. *l. 3. D. 37. 38.* Ex quibus omnibus liquet, juramentum judiciale, transactionem & actionis remiſſionem, quoad jura, revera coincidere, non raro tamen à Scriptoribus, eo reſpectu, diſparari *conf.* SPECIM. JUR. ECCLES. *l. 5. c. 4. §. 9. ſeqq.*

§. 17. De uſu *juramenti promiſſorii*, in re matrimoniali, res certa eſt: dantur enim etiam ſponſalia jurata *v. c. 17. X. de ſponſal.* STRYK *de diſſenſ. ſponſ. Sect. 4. c. 1. §. 34.* Hujusmodi autem juramentorum *valor* & *ſenſus*, ex generalibus principiis, judicandus eſt. Sic, ob juſtam cauſam, à ſponſalibus juratis, etiam recedi poteſt, nam jusjurandum conditiones tacitas, ex natura negotii dependentes, non excludit

 vid.

vid. STRYK. *de dissens. spons. Sect.* 2. §. 39. Sponsalia valida priora, posterioribus, licet juratis, præferuntur STRYK. *d. tr. Sect.* 4. *c.* 2. §. 1. *seqq.* De eo etiam dubitandum non est, quin cœca libido sæpe amantes, ad stultas improbasque exsecrationes, perjuria, aliosque abusus, impellat, quo respicere videtur illud TIBULLI: *Perjuria ridet amantum Jupiter & ventos irrita ferre jubet.*

CAPUT VIII.
DE ADULTERIO.

SUMMARIA.

Delicta carnis jure divino prohibentur §. 1.
Iis tamen pœna jure divino universali non est præstituta §. 2. 3.
Adulterii indoles §. 4.
Et varietas §. 5.
Committitur doloso concubitu §. 6.
A conjugibus & desponsatis §. 7.
Uxor meretricio more vivens hodie etiam adulterii rea est §. 8.
Adulterium varie punitur §. 9.
Pœna juris Mosaici & Romani §. 10.
Saxonici Electoralis §. 11.
Quæ aliquando ob remissionem conjugis §. 12.
Aliasque circumstantias mitigatur §. 13.
Altero aufugiente, alteri ob confessionem solam pœna mortis non imponitur, nisi concurrentibus indiciis, in tortura confessus sit §. 14.
Sed positis indiciis nihil refert, spontanea, an per torturam exorta sit confessio §. 15. 16. 17.
Ut pœna imponi queat, opus est processu legitimo §. 18.
Confessis aut convictis pœna irroganda §. 19.
Pœna privata jure Romano etiam obtinet §. 20.
Effectus adulterii ratione Societatis conjugalis §. 21.
Est ejus dissolutio §. 22.
Ac amissio dotis & donationis propter nuptias §. 23.
Maritus uxorem in adulterio deprehensam occidens lucro dotis excidit §. 24.
In Saxonia innocens bona ex statuto vel pacto debita acquirit §. 25.
Remissione conjugis innocentis effectus hi impediuntur §. 26.
Adulterium quinquennio regulariter præscribitur §. 27.

§. 1.


Omines, lege etiam naturali, obligari ad genus suum, per matrimonia, propagandum, probabile est *v. c.* 1. §. 2. Ex illo igitur fine, eique subordinato medio, amplius consequi videtur, quod omnis libido, extra conjugium occurrens, ac vel nullam, vel incertam & illegitimam prolem intendens, jure divino prohibeatur. Licet vero omnis membrorum genitalium usus, à laudato fine & medio abiens, in delictum incidat, attamen pœna, jure aliquo divino universali, ei haud est præstituta.

§. 2. Quoad

§. 2. Quoad jus naturale, res certa eſt, utpote quod nullam pœnam determinat, ſed nec jus divinum poſitivum univerſale hic occurrit, nam pœnæ *Lev. XX.* propoſitæ, ad legem forenſem & particularem pertinent, hoc enim tamdiu dicendum, donec univerſalitas probetur, qualis probatio hic omnino deficit, nam *prohibitio* ſeu *pars legis definitiva*, ibidem occurrens, univerſalis quidem eſt, ſed *partem vindicativam* ſeu *ſanctionem*, quoque eſſe univerſalem, non perinde liquet.

§. 3. In ſpecie fallitur GROTIUS *de J. B. P. l. 1. c. 2. §. 5. n. 8.* quando pœnam inceſtus, legibus univerſalibus annumerat *v.* SELDEN. *de jur. nat. juxt. diſcipl. Ebræor. l. 7. c. 5.* Quæ autem de *exſtirpatione*, vel *portatione peccati* dicuntur, illa non *legem pœnalem univerſalem*, ſed *occultæ divinæ vindictæ comminationem*, continent *v. Levit. XX, 2 3. 4. 5. Num. XV, 30. 34.* quam explicationem Rabbini quoque probant *v.* SELDEN. *d. l. 7. c. 9.* Ex his vero ſumma fluit concluſio: *pœnam delictorum carnalium, arbitrio humano definiri.*

§. 4. Inter delicta carnis occurrit *Adulterium*, quod eſt *violatio fidei conjugalis, concubitu voluntario facta.* Jure Romano, ab uxore, & in uxorem, ſaltem committitur *l. 6. §. 1. l. 34. §. 1. ff. l. 18. C. de adult. l. 101. de V. S.* quia Romani non ex violatione fidei conjugalis, ſed ex adulterata progenie, illud æſtimarunt *v.* MATH. *de crim. l. 48. tit. 3. c. 1. n. 12.* quamvis cum aliis CARPZ. *Pr. Cr. p. 2. qu. 52. n. 42. ſeqq.* hoc neget, dum, ex hypotheſi noſtrorum temporum, mores & ſententiam Romanorum judicat *v.* OBSERV. LAUT. *Obſ. 1305. 1306. 1307.*

§. 5. Diſtinguitur adulterium (1.) in *attentatum* & *conſummatum* quod proprie adulterii nomine venit, quamvis, quoad nonnullos effectus, illud cum hoc conveniat *v.* STRYK *de diſſ. ſponſ. Sect. 5. §. 2. 3.* (2.) in *duplex*, quod maritus cum uxore, & *ſimplex*, quod vel maritus cum ſoluta, vel ſolutus cum uxore committit, hinc ejus duæ iterum ſunt ſpecies, quæ etiam, intuitu pœnæ, diſtingvi debent *vid.* CARPZ. *qu. 53.*

§. 6. Committitur adulterium voluntate doloſa *l. 12. de adult. c. 6. C. 32. qu. 5.* & concubitu *l. 225. de V. S.* error igitur verus excuſat, modo probetur, quod ſæpe juramento fit *c. 6. C. 34. qu. 1. c. 8. de elect. in 6. v.* CARPZ. *qu. 61. n. 42. ſeqq.* De cætero adulterium prohibet jus

jus naturale, non tantum ob rationem generalem, *§. 2.* adductam, sed & ob fidem, quam sibi conjuges mutuo dederunt, quam prohibitionem leges humanæ confirmant, non semper tamen indistincte, ceu exemplo juris Romani intelligitur. Est etiam adulterium, delictum satis grave, furto vero aliisque criminibus, gravius vel levius haberi possit *v.* CARPZ. *qu. 50.* non perinde liquet, nec videtur etiam illius comparationis magna esse utilitas.

§. 7. Adulterium committunt puberes *l. 36. de adult.* (quamvis pubertas hic forte non tam ex annis, quam aptitudine coeundi, æstimanda sit) usu rationis gaudentes *l. 43. eod.* & hodie quidem tam maritus, quam uxor; sponsus quoque & sponsa *l. 13. §. 3. l. 7. C. de adult.* MATH. *de crim. tit. 3. c. 1. n. 9. 10.* CARPZ. *qu. 56.* ut & conjuges, à thoro & mensa separati CARPZ. *qu. 61. n. 56.* nec non deserti IDEM *qu. 58.* his tamen casibus, conjugi, ratione cohabitationis, innocenti, pœna mitigatur.

§. 8. In uxorem, meretricio more viventem, jure civili adulterium non committitur *l. 22. 29. C. de adult.* fuit enim infra legum curam: sed in eam quæ olim vulgaris fuit, ast vitæ genus, inito matrimonio, emendavit, adulterium perpetratur *l. 13. §. 2. de adult. v. l. 43. pr. §. seq. de R. N.* quamvis hic varie sentiant Scriptores *vid.* MATH. *d. c. 1. n. 5. 6.* CARPZ. *qu. 57.* sed prior tamen sententia, maxime probabilis videtur. Hodie indistincte uxor vulgaris adulterium committit, mas tamen mitius punitur, nec enim tantus dolus in eo est, qui cum uxore passim se prostituente, commiscetur, quam qui nuptas, caste alias viventes, persvasionibus in amplexus illicitos pellicit *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 1308. v.* MATH. *d. c. 1. n. 6.*

§. 9. Commissi adulterii duplex est effectus (1.) ratione *pœnæ* (2.) *societatis conjugalis*, licet enim, hoc posteriori respectu, etiam aliqua pœna civilis occurrere videatur, attamen non indistincte id verum est, sed ille potius effectus, interveniente adulterio, ex natura societatis conjugalis, ultro velut resultat, hinc, evidentioris doctrinæ causa, illa recte separantur. *Pœnam* quod attinet, in adulterio puniendo, diversi sunt populorum mores, qui quidem, ob præsuppositum *§. 3.* hactenus non sunt reprehendendi, licet alii dissentiant *vid.* MATH. *tit. 3. c. 2. n. 2. 4.*

§. 10. Apud

§.10. Apud Judæos adulterium morte fuit punitum *Lev. 20. 10. Deut. 22. v. 22.* CARPZ. *qu. 52. n. 17.* quæ pœna etiam jure civili antiquo obtinet *l. 30. C. de adult.* ubi tamen magna, sed nullius usus, occurrit quæstio: an lex Julia mortis supplicium introduxerit? *v.* MATH. *d. c. 2. n. 1.* CARPZ. *qu. 52. n. 26. seqq.* Postea Justinianus, svasu, ut nonnullis videtur, Theodoræ, fœminis adulteris pœnam mortis remisit, easque virgis cæsas, in monasterium detrudi voluit *Nov. 134. c. 10. auth.* sed hodie *C. de adult. v.* MATH. *d. c. 2. n. 3.* CARPZ. *qu. 53. n. 10. seqq.* licet vero sanctionem illam approbet *Nemes. Carol. art. 120.* eam tamen usus Germaniæ fere rejicit *v.* HEIG. *p. 2. qu. 29. n. 70. seqq.*

§. 11. In Saxonia Electorali adulterium duplicatum punitur gladio *p. 4. C. 19.* CARPZ. *qu. 54. n. 17. seqq.* nec habet locum remissio conjugis innocentis IDEM *qu. 55. n 109. seqq.* nisi maritus cum uxore, meretricio more vivente, concubuerit IDEM *qu. 57. n. 32. seqq. Decis. Saxon. 82.* Adulterium simplex, quod solutus cum uxore committit, itidem gladio punitur *d. Const. 19. p. 4.* CARPZ. *qu. 54. n. 27. seqq.* quod vero maritus cum soluta; à parte mariti, gladio, fœminæ, fustigatione coercetur *d. C. 19. p. 4.* CARPZ. *d. l. n. 37. seqq. Decis. Saxon. 83.*

§. 12. In utraque tamen specie, locum habet remissio conjugis innocentis, qua facta, mortis supplicium cessat, ac conjux delinquens perpetuo relegatur, eumque innocens sequi debet *C. 19. p. 4.* CARPZ. *qu. 55. n. 17. 18.* licet sub conditione: *ne nocentem sequi cogatur*, delictum remiserit *d. l. n. 76. seqq.* aut nocens remissionem acceptare nolit *d. l. n. 127. seqq.* Alteri vero delinquenti remissio nihil prodest *d. l. n. 120. seqq.* De cætero remissio fit vel expresse *d. l. n. 17. seqq.* vel tacite, per concubitum, cognito adulterio, secutum *d. l. n. 40. seqq.* vel præsumtive, nam mortuo, post adulterium, innocente, hujus remissio præsumitur *d. l. n. 50. seqq.*

§. 13. Non tantum autem, ob remissionem conjugis innocentis, sed & alias causas, pœna ordinaria cessat; Remittitur enim desponsatis, conjugibus desertis, ei, qui cum uxore, meretricio more vivente, concubuit; Ordinaria quoque pœna locum non habet in adulterio attentato, aut si conjux, ob impotentiam comparis, vel negatum debitum conjugale, aut ob ejus furorem vel morbum contagiosum,

 adul-

adulterium commiserit: Multo magis excusat error, facta etiam separatione à thoro & mensa, innocens, in adulterium prolapsus, veniam meretur, nec non conjux, conjuge ad mortem condemnato, se adulterio commaculans, quæ, & alia, late persequitur CARPZ. *qu. 56. seq.*

§. 14. Quodsi quis adulterium confiteatur, sed altera pars nocens aufugerit, nec ejus confessio haberi queat, pœna mortis ordinaria itidem confitenti non imponitur CARPZ. *qu. 60.* si confessioni voluntariæ, accedant probabilia indicia, non eo magis tamen pœna ultimi supplicii locum invenit; Aliud dicendum, si per torturam confessio sit extorta, hanc enim mors sequitur; Hinc si reus torquendus, ante torturæ actum, sponte delictum confiteatur, vitam servare poterit CARPZ. *d. l. n. 30. seqq.*

§. 15. Sed hæc quidem doctrina manifeste rationi repugnat, nec ex Constitutione Saxonica, ad quam CARPZ. *d. l. n. 40.* provocat, probatur, male enim verba illa: *die von uns gesatzte und constituirte straffen, stracks auff die confession, so aus der tortur erfolget*, sic accipiuntur, quasi ob solam confessionem, tortura elicitam, ultimum supplicium irrogandum sit, nec confessionis spontaneæ idem sit effectus, cum potius Elector loquatur de eo, quod utplurimum fit (raro scilicet suspecti ultro, sed cruciatibus adacti, demum fateri solent) adeoque confessionem voluntariam neutiquam excludat.

§. 16. Id quod ex eo etiam liquet, quod paulo ante, dum refert sententiam nonnullorum, mox improbandam, generaliter Elector loquatur. *das der ehebruch etwas linder zu straffen seyn solte, wenn beyde verbrechende theil nicht zugleich bekommen, oder gerechtfertiget werden möchten, ungeachtet, das wider den einen verbrecher gnugsame indicia ad torturam vorhanden, dasselbige theil auch den ehebruch selbst gestanden und bekandt.* Cum igitur hæc sententia, velut singularis, postea rejiciatur, exinde utique apparet, confessionis, sive voluntariæ, sive tortura elicitæ, eundem esse effectum.

§. 17. Magis probabilis fit explicatio hæc, si consideremus originem, ex qua sententia, quæ confessioni valorem abjudicat, dependet; Dicit Elector, eam ex male intellecta *Const. 45. p. 4.* quæ ei, qui sine fundamento, cum aliqua uxore se concubuisse, gloriatur, pœnam arbitrariam imponit, esse exortam, hoc enim sit acceptum est, quasi confes-

confeſſio voluntario, concurrentibus licet aliis indiciis, ad irrogandam pœnam mortis non ſufficiat. Dum igitur Legislator oſtendit, aliam plane *d. Conſt. 45.* eſſe ſententiam, eamque de confeſſione, probabilibus indiciis ſtipata, plane non agere, eo ipſo utique ſatis innuit, confeſſionem talem, ſponte licet factam, ad pœnam mortis imponendam, ſufficere.

§. 18. Quo autem pœna adulteris irrogari queat, legitimo proceſſu veritas facti eſt eruenda, qui, ut alibi, ita hic etiam, inquiſitorius vel accuſatorius eſſe poteſt, de quo ſuo loco, in genere dicendum erit. Id ſaltem hic notandum, de pœna criminali agi in Judicio Seculari *v.* CARPZ. *qu. 63. n 1.* & circa accuſationem, jure Romano, multa occurrere ſingularia *v. l. 14. §. 2. ff. l. 11. 30. C. de adult.* MATH. *de crim. l. 48. tit. 3. c. 4.* THEODOR. *Coll. Crim. c. 6. aph. 3. n. 18.* ſed illa hodie, ob ceſſantes accuſationes, nullius eſſe uſus. *conf.* OBSERV. LAUTERB. *Obſ. 1310.*

§. 19 Si delinquentes delictum confiteantur, & nihil ſit, quod fidem confeſſionis elevet, tum pœna iis imponitur *v. l. 1. §. 17. 27. de quæſtion.* quid vero obtineat, ſi, altero aufugiente, alter crimen fateatur, *§. 14. ſeqq.* dictum eſt. Si negantes, per indubitata indicia, ex naturali ratione deſumta, convincantur, v. gr. per annum abſentis uxor gravida reperiatur, tum itidem condemnatio ſequitur *v. l. 19. C. de R. V. l. fin. C. de probat.* Eundem effectum habent præſumtiones juris & de jure *v. l. 34. C. de adult. auth.* ſi quis *C. eod.* ſed illud æquitati non convenit, nec obſervandum videtur *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obſ. 1311.* Indicia probabilia locum faciunt torturæ, vel juramento purgatorio *v. l. 8. §. 1. C. de quæſt.* aut etiam pœnæ extraordinariæ *v.* CARPZ. *qu. 60. n. 1. ſeqq.* in æſtimandis vero indiciis, nonnunquam interpretes falli, ex dictis *§. 14. ſeqq.* liquet.

§. 20. Jure Romano, adulterium etiam privata autoritate punitur, nam Patri & marito datur facultas, adulterum & adulteram occidendi, quæ tamen varie circumſcripta fuit *v. l. 20. ſeqq. de adult, auth. ſi quis C. eod.* THEODOR. *Coll. crim. c. 6. aph. 3. n. 84.* MATH. *d. t. 3. c. 3. n. 13. ſeqq.* LAUTERB. *C. J. de adult.* verb. *privata.* Sed uti illa occiſio, ſalva conſcientia, fieri nequit, cum pœna capitalis, non niſi ad mortem præparato, aut præparando infligenda ſit, ita hodie

etiam privatum illud puniendi jus non obtinet, occidentem tamen, ob justum dolorem, à pœna homicidii ordinaria esse immunem, facile liquet *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 1319. seqq.* *v.* MATH. *d. c. 3. n. 15. in fin.*

§. 21. Postea etiam effectus adulterii, ratione *societatis conjugalis*, quem *civilem* vulgo dicunt, spectandus est *v. §. 9.* Olim jure Romano *elective* actum videtur, vel criminaliter, vel civiliter: sed postquam *actio de moribus* fuit sublata, effectus illi *cumulative* potius concurrunt, adeo ut persecutioni pœnæ, effectus alter vel insit *vid.* MATH. *d. c. 3. n. 3.* vel saltem cum illa, peculiari remedio, hodie exigatur *v.* OBSERV. LAUT. *Obs. 1312.*

§. 22. Operatur ergo adulterium (1.) *dissolutionem matrimonii* *v.* CARPZ. *qu. 63.* Illud autem facile liquet, de hoc effectu seorsim non esse quærendum, si adulter vel adultera, ultimo afficiatur supplicio; Pertinet igitur hoc, ad eum casum, quo mitior pœna adulteris dolosis, sine consensu conjugis innocentis, imponitur, quo casu etiam judex Secularis & Ecclesiasticus, sive Consistorium concurrunt *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 1313. 1314.*

§. 23. Deinde operatur (2.) *amissionem dotis & donationis propter nuptias*, nam, uxore adulterium committente, maritus retinet donationem propter nuptias, ac lucratur dotem *v. l. 11. §. 3. de adult. l. 47. solut. matrim. Nov. 117. c. 8.* præterea ex paraphernis, tantam portionem, quanta est tertia dotis, accipit *d. Nov. 117. c. 8. §. 2.* Sed hoc ultimum, per *Nov. 134. c. 10.* videtur sublatum *v.* CARPZ. *qu. 64. n. 1. seqq.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 1316. 1317.* Marito autem in adulterium prolapso, uxor recuperat dotem, lucratur donationem propter nuptias, ac ex reliquis bonis tantum, quantum tertia pars illius donationis efficit *Nov. 117. c. 9.* *v.* MATH. *d. tit. 3. c. 3. n. 1. seqq.*

§. 24. Quodsi maritus mulierem, in adulterio deprehensam, occiderit, lucro dotis excidit *l. 10. §. 1. sol. matrim. l. 22. §. f. de adult.* MATH. *d. l. n. 4.* nam ignoscitur quidem ei *l. 3. §. 3. de SCt. Silan.* sed saltem quoad pœnam, non lucrum acquirendum. Ob oscula tamen libidinis, uxorem quoque dotem amittere censent, ideo quod svavia illa, causis divortii *Nov. 117. c. 8.* æquipolleant *v.* MATH. *d. l. n. 12.*

n.12. Sed uti illud etiam de jure civili dubium v. THEODOR. *Coll. crim.c.6. aph. 2. n.5.* ita admissum, hodie nullius usus est v. OBSERV. LAUT. *Obs.1315.* conf. LEHMAN. *Chron. Spir. l. 5. c.109. in fin. c.126.*

§. 25. Cæterum quæ de amissione dotis & donationis propter nuptias, dicta sunt, illa in iis locis, in quibus aliqua bonorum, inter conjuges, est communio, non ita simpliciter obtinent: In Saxonia Electorali, conjux nocens, jura sua, quæ in innocentis bona habebat, amittit; innocens vero, bona nocentis, quæ ipsi ex statuto vel pacto debentur, acquirit, ceu *c.6. §.8.9.* jam retuli, quibus hoc addendum, quod ob adulterium uxoris, mortuo marito, hujus descendentes, bona adulteræ auferre nequeant, nisi maritus animum ulciscendi ante mortem declaraverit *Const. 21. p. 4.* CARPZ. *qu. 65.*

§. 26. Cæterum sicut remissio conjugis innocentis, pœnam mitigat, de quo antea dictum, ita, ea interveniente, effectus hactenus expositos etiam cessare, manifestum est, nam neque matrimonium solvitur, neque bona propria, aut spes alia consequendi, amittuntur. Alias, præter illa remedia, marito solet etiam asseri actio injuriarum v. LAUTERB. *C. J. de adulter.* Sed uti argumentum, ex *l. 1. §. 2. de injur.* desumtum, longius petitum est, ita crediderim, per remedia antea exposita, satis etiam injuriam vindicari, nec adeo, eo nomine, amplius quid exigi posse, id quod inprimis verum videtur, si adulteris ultimum irrogetur supplicium.

§. 27. Præscribitur adulterium quinquennio continuo, ab ultimo actu, computando *l. 11. §. 4. l. 29. §. 5. seqq. ff. l. 5. 28. C. de adult. l. 1. §. 10. ad SCt. Turpill.* nisi violentia *l. 29. §. fin. de adult.* vel incestus *l. 39. §. 5. eod.* concurrat, tum enim consvetum tempus, viginti annorum *l. 12. C. de fals.* observandum erit v. CARPZ. *p. 3. qu. 141. n. 49. 50.* Hoc tempus, in Saxonia Electorali, in duplicato adulterio, quoque requiritur *p. 4. Const. 19. in fin. Decis. Saxon. 84.* v. CARPZ. *p. 2. qu. 59.* Illud autem nihil referre videtur, sive adulterium unica, sive diversis vicibus, & quidem vel cum eadem, vel diversis personis sit commissum, modo quoad omnes illos actus, tempus præfinitum, sit elapsum, sit elapsum, nam lex generalis est, & alias, ob repetitionem adulterii, pœna non solet exasperari v. CARPZ. *p. 2. qu. 62. n. 59. seqq.*

CAPUT IX.
DE RELIQUIS DELICTIS CARNIS.

SUMMARIA.

Inter delicta carnis occurrit fornicatio §. 1.
Ejus pœna §. 2. Stuprum §. 3.
Pœna stupri violenti §. 4.
Voluntarium committitur aliquando à desponsatis §. 5.
Ex tempore partus, post hierologiam, anticipatus concubitus judicatur §. 6.
Concubinatus est aliquando conjugium minus solenne §. 7.
Aliquando species stupri §. 8.
Ex stupro oritur obligatio ad stupratam dotandam vel ducendam §. 9.
Dotationis necessitas & quantitas §. 10.
Quæ aliquando cessat §. 11.
Stuprator quoque prolem alere tenetur §. 12. 13.
Præterea tam ille, quam stuprata puniuntur §. 14.
Infans expositus à quo ali debeat §. 15.
Inter delicta carnis est etiam bigamia §. 16.
Incestus §. 17.
Ejus pœna quoad consangvinitatem §. 18.
Et affinitatem §. 19.
Sodomia §. 20. Et lenocinium §. 21.
Delicta carnis quinquennio præscribuntur §. 22.
Quod etiam de incestu in Saxonia dicendum §. 23.
Stuprum quoad interesse stupratæ quando præscribatur §. 24. 25.

§. I.

Inter cætera delicta carnis, quæ omnia jure quidem naturali prohiberi, sed humano saltem puniri, ex præsuppositis *c. 8. §. 1. 2. 3.* arbitramur, occurrit (I.) *Fornicatio*, quæ est *concubitus soluti cum soluta, alios quoque admittente v. l. 43. pr. §. 3. de R. N. c. 16. Dist. 34. c. 11. qu. 4. C. 32.* ad meretricem sufficit, si vel duos, etiam sine quæstu, admiserit *v.* CARPZ. *p. 2. qu. 70. n. 2. seqq.* LIMN. *de jur. publ. l. 8. c. 6. n. 100.*

§. 2. Apud Romanos olim extra pœnam fuit fornicatio, *v. l. 4. §. 3. de condict. ob turp.* id quod hodie quoque, apud nonnullas gentes, fortassis obtinet *v.* CARPZ. *d. qu. 70. n. 6. seqq.* Plerumque vero illa punitur arbitrarie. In Saxonia meretrices publicæ, relegatione, clandestinæ, carcere puniuntur, quæ pœna etiam manet marem, cum iis concumbentem *Const. 28. p. 4.* CARPZ. *d. qu. 70.* de dotatione nulla est quæstio IDEM *qu. 68. n. 76.* Infans tamen est alendus, si de Patre satis constet *d. qu. 68. n. 118. seqq. J. E. l. 3. D. 81.*

§. 3. (II.) *Stuprum*, quod est *concubitus soluti, cum vidua vel virgine, honeste vivente, hoc est, alios non admittente v. l. 6. §. 1. l. 34. §. 1.* de

de adult. l. 101. de V. S. §. 4. J. de publ. judic. CARPZ. *p. 2. qu. 68. n. 1.* Dividitur in *violentum* & *Voluntarium.* Illud est, quo *fœmina soluta honesta, vi adhibita, comprimitur*, in Saxonia etiam in meretricem illud delictum committitur *v.* CARPZ. *qu. 75. n. 52.*

§. 4. Attentatum punitur arbitrarie *v. Ord. Crim. art. 119.* consummatum, morte CARPZ. *d. qu. 75.* modo legitime probetur, hinc non sufficit confessio sola stupratæ CARPZ. *J. E. l. 2. D. 238.* Jus Saxonicum etiam in res inanimatas & animalia animadverti jubet *Landr. l. 3. art. 1.* quod, sine dubio, non observatur. Vi stuprata, ab omni pœna, est immunis *l. 13. §. 7. ff. l. 20. C. de adult.* coronam tamen virginitatis gestare non potest, cum sit signum virginitatis corporalis *v. c. 6. 14. C. 32. qu. 5.* CARPZ. *J. E. l. 2. D. 237. p. 2. qu. 75. n. 80. seqq.*

§. 5. Voluntarium est, *quod cum volente committitur*, hoc, in diversas formas, se componere solet: nam aliquando committitur (1.) à *desponsatis*, qui, ad ineundum matrimonium, adiguntur CARPZ. *J. E. l. 2. D. 135. 136.* ac carcere & pœnitentia Ecclesiastica, si in usu sit, puniuntur ID. *l. 3. D. 76. 77. p. 2. qu. 69. n. 46. seqq.* potest tamen hæc, favore matrimonii, quandoque ab Imperante remitti ID. *J. E. l. 3. D. 88.* licet nonnulli dissentiant *v.* BRUNNEM. *J. E. l. 2. c. 19. §. 26. ibique* STRYK. *in not.* si post hierologiam, anticipatus concubitus appareat, eadem pœna obtinet CARPZ. *J. E. l. 3. D. 76. 77. 80.*

§. 6. Intelligitur hoc, ex tempore partus, & communiter quidem existimant, prolem etiam septimo & octavo mense posse nasci *l. 12. de stat. hom. l. 3. §. fin. de suis & legit. hæred.* hinc parentibus juramentum purgatorium deferri nequit *v. l. 51. pro soc. c. fin. X. de præsumt. v.* CARPZ. *J. E. l. 2. D. 223. seqq. p. 4. C. 27. D. 13. 14.* Quodsi, post obitum mariti, vidua mense decimo, vel initio undecimi pariat, stuprum illa itidem non commisisse censetur *l. 3. §. p. de suis & legit. hæred. Nov. 39. c. 2. v.* CARPZ. *p. 4. C. 27. D. 15.* FINCKELTH. *Obs. 2.* LYNCKER. *Decis. Jenens. Dec. 426.* LAUTERB. *C. J. de his qui sui vel alien. jur.* quæ an rationibus physicis satis conveniant, alii viderint. *conf.* HUBER. *in posit. ad ff. de stat. hom. n. 17.*

§. 7. Aliquando autem stuprum sine prævio vinculo sponsalitio, committitur, & quidem (2.) sub *forma conjugii*, ex quo oritur *concubinatus*, hic jure civili, nomen legitimum est, notatque *conjugium*

gium minus solenne vel inæquale, in quo deficiunt solennitates & effectus juris civilis v. l. 2. C. de donat. inter V. & U. l. 3. C. de condit. insert. l. 3. C. de natur. liber. l. un. C. de concub. l. 49. §. 4. de Legat. 3. can. 3. seqq. distinct. 34. c. fin. qu. 4. C. 32. l. 3. §. 1. de concub. l. 5. C. de SCto orfici : l. 144. de V. S. Hodie quoque illa conjunctio, sub nomine honestiori *matrimonii morganatici II. f. 29.* inter personas illustres ac, ex dispensatione, quandoque nobiles, occurrit *v.* STRYK *ad Br. J. E. l. 2. c. 16. §. 6. p. 588. de dissens. sponsal. Sect. 5. §. 73. seqq.*

§. 8. Sed extra hos respectus, concubinatus hodie illicitus ac nihil aliud est, quam *stuprum, sub forma conjugii, commissum v. c. 4. 11. C. 32. qu. 4.* licet honestum nomen, *matrimonii conscientiæ*, ei prætexatur, nam privatis consvetam contrahendi matrimonii rationem mutare non licet *v.* STRYK. *d. Sect. 5. §. 79.* conf. OBSERV. LAUTERB. *Obs. 795. 796.* Haud igitur concubinatus tolerandus, sed comminatione pœnarum impediendus est *v.* CARPZ. *J. E. l. 2. D. 235. p. 2. qu. 70. n. 42.* quoad præteritum vero, ea obtinent, quæ de stupro in specie, nunc dicemus.

§. 9. Denique (3.) stuprum, sine forma conjugii, aliquando committitur, quod *stuprum in specie* dici potest. Eo casu obligatus mas (1.) *ad satisfactionem stupratæ præstandam*, quod fit, jure Mosaico, si eam ducat & dotet *Exod. 22. v. 16. Deut. 22. v. 28.* hodie vero, si ducat aut dotet *c. 1. 2. X. de adult.* quo fine stuprata, in bona stupratoris fugitivi, aliquando immittitur CARPZ. *J. E. l. 2. D. 228. seqq.* Quodsi matrimonium promissum sit, ad ejus consummationem, stuprator compellitur, si res dubia, eo nomine transigitur IDEM *d. l. D. 233.* Ex sola stupri & imprægnationis confessione, matrimonii promissio non præsumitur, nec juramentum purgatorium deferri potest, de quo *c. 7. §. 8. seqq.* dictum.

§. 10. Uti autem dotatio fieri debet, sive virgo, sive vidua stuprata sit, ob paritatem rationis *vid. §. 4. J. de publ. judic.* CARPZOV. *qu. 68. n. 23.* ita, pro conditione personæ, dos à judice determinatur IDEM *d. qu. n. 13.* eaque pure debetur, & statim exsolvenda est, adeo ut non solutam, stupratæ hæredes exigere queant CARPZOV. *d. l. n. 32. seqq.* cujus tamen non ea est ratio, quod

quod dotatio, sit pœna (hoc enim utique falsum, & falsorum consectariorum principium est) sed quia dos, in locum amissæ pudicitiæ est surroganda, ut, cum hæc procos amplius non alliciat, illa tamen utcunque idem præstet.

§. 11. Aliquando dotandi necessitas cessat, si stuprata occasionem stupro dederit STRYK. *ad Br. J. E. l. 2. c. 18. §. 26.* LYNCKER *Dec. Jen. p. 2. Dec. 1000.* licet hoc CARPZ. *qu. 68. n. 41. seqq.* neget, ex falsa hypothesi, quod dotatio sit pœna. Porro cessat, si stuprator, ob nimiam sangvinis propinquitatem, stupratam, incestu cognitam, ducere nequeat CARPZ. *d. l. n. 75.* vel si stuprata Stupratori nubere renuat CARPZ. *p. 4. C. 27. D. 1.* In genere putem, necessitatem dotandi gravi ratione non niti, cum damnum, quod fœmina sua culpa sentit, sentire non videatur, quod naturalis & civilis ratio tuetur *l. 203. de R. J.*

§. 12. Postea stuprator (2.) *ad prolem alendam* tenetur, & si concubitum fateatur, tamdiu pro Patre habetur, donec contrarium probet CARPZ. *J. E. l. 2. D. 232.* si vero præsumtio scortationis subsit, non antea, ad alimenta præstanda, obstrictus est, quam si stuprata jurejurando suspicionem eliserit ID. *d. l. D. 239. l. 3. D. 81.* transactio cum stuprata inita, proli quoad alimenta non nocet ID. *d. l. 2. D. 240.* si stuprator immobilia non possideat, carceri includi potest, donec, de judicato solvendo, idoneè caverit *d. l. D. 241.*

§. 13. Stupratore aufugiente, alimenta ex ejus bonis sumuntur, vel ipsius Patri aut Avo illorum præstatio imponitur *d. l. D. 42. 43.* si ex inopia, eadem omnino præstare ille nequeat, ad matrem onus alendi pertinet CARPZ. *qu. 68. n. 127.* De cætero debentur alimenta statim à tempore nativitatis, & eousque, in certa quantitate, solvenda sunt, donec proles seipsam alere queat; In Saxonia nonnunquam, duodecim sexagenæ antiquæ, quotannis præstandæ, usque ad annum 13, adjudicantur. Mortuo, ante terminum præfixum, infante, alimenta desinunt, sumtibus tamen Patris, ille sepeliri debet CARPZ. *qu. 68. n. 106. seqq.*

§. 14. Denique stuprator (3.) *pœna condigna est afficiendus.* Jure Romano publicatione partis dimidiæ bonorum, vel corporis coercitione & relegatione punitur *§. 4. J. de publ. judic. v.* MATH. *de crim. l. 48. tit. 3. c. 5.* quod hodie nullibi forte observatur. In Saxonia car-

cere coercetur, à Judice Seculari, ab Ecclesiastico vero, pœnitentia Ecclesiastica, quæ tamen non ubique in usu est *v. Const. 27. p. 4.* CARPZ. *J. E. l. 2. D. 231. l. 3. D. 72. seqq. Pr. Crim. qu. 69.* Eadem pœna manet quoque stupratam *d. qu. 69. n. 57. seqq.* quod frustra nonnulli negant *v.* THEODOR. *Coll. crim. c. 6. aph. 4. n. 4.*

§. 15. Quodsi infans aliquo in loco, ac v. gr. ante fores templi, reperiatur, ejus educatio non pertinet ad Ecclesiam vel universitatem, sed ad eum, qui ibi habet merum imperium, sive Jurisdictionem superiorem CARPZ. *p. 1. qu. 10. n. 26. 27. J. E. l. 2. D. 244.* non tamen ad Consistorium, quod non recte *d. D. 244. n. 10. seqq.* asseritur, cui sententiæ Rescriptum Electorale, *n. 20.* relatum, etiam refragatur. Non raro tamen onus alendi toti universitati obtrudi solet, sed nisi voluntaria agnitio, vel longa consvetudo accesserit, recte universitas illud deprecabitur.

§. 16. (III.) *Bigamia,* quæ est *delictum, quo conjux, alii per hierologiam conjungitur, ac putativum illud matrimonium concubitu consummat.* Prohiberi eam jure etiam naturali *c. 2. §. 5.* existimavi, jure tamen humano illa saltem punitur, & obtinet quidem, circa eam, pœna adulterii *v. Ord. Crim. art. 121. Const. Saxon. 20. p. 4.* CARPZ. *Pr. Crim. qv. 66.* adeo ut remissio conjugis innocentis, pœnam mitigare haut possit *d. qv. 66. n. 39. seqq.* quod tamen rationibus parum solidis asseritur, ut forte, ex hypothesibus papalibus, quibus conjugium pro Sacramento habetur, id dependeat: Mas bigamia assumtus, gladio, fœmina, fustigatione punitur, nisi ignorantia excusentur CARPZ. *d. l. n. 69. seqq.* Imperantem tamen hic dispensare posse, dubium non est *v.* STRYK. *ad Br. J. E. l. 2. c. 16. §. 1.*

§. 17. (IV.) *Incestus v. l. 12. C. de remilit.* qui est *concubitus cum consangvineis & affinibus, in gradibus prohibitis, commissus.* Est ille vel juris divini, vel humani, de quo *c. 3. §. 29. seqq.* dictum; autoritatibus hic nihil tribuendum, nisi quatenus solidis nituntur rationibus *v. l. 8. 14. §. 2. l. 39. §. 1. l. fin. de R. N. l. fin. §. 1. de condict. sin. caus. l. 35. §. 1. de V. O. l. 38. §. 1. 2. de adult.* MATH. *de crim. l. 48. tit. 3. c. 6. n. 1. seqq.* CARPZ. *J. E. l. 2. D. 87.* Pœna incestus jure civili non satis definita est *v. l. 57. §. 1. de R. N. l. 38. §. 2. de adult. l. 11. §. 1. cod. l. 5. de quæst. Nov. 12. c. 1.* MATH. *d. l. n. 5. 6.*

§. 18. Ju-

§. 18. Jure Saxonico inceſtus, in linea recta conſangvinitatis, ultimo ſupplicio CARPZ. *p. 2. qu. 72.* in linea collaterali, in prima generatione, fuſtigatione & perpetua relegatione punitur ID. *qu. 73. n. 11.* quæ pœna etiam obtinet, inter illos, qui ſunt Parentum & liberorum loco, ſed ſaltem in proximo gradu, ut fratrem, & fratris filiam *d. qu. 73. n. 11. 56.* In ſecunda generatione, inceſtus, perpetua *d. l. n. 29.* in ſecunda ac tertia vero, ſive, in tertio gradu lineæ inæqualis, temporali relegatione coercetur *d. qu. 73. n. 37.*

§. 19. In affinitate inceſtus mitius punitur, nam in linea recta, & collaterali, in primo gradu, pœna fuſtigationis & perpetuæ relegationis obtinet CARPZ. *qu. 74. n. 9. 19.* Quoad affines, qui ſunt inſtar parentum & liberorum, ut &, in ſecundo gradu æquali, perpetua, in tertio autem inæquali, temporalis relegatio decernitur *d. qu. 74. n. 32. 38. 41.* In ſecundo affinitatis genere, licet in linea recta, temporalis relegatio, vel pœna carceris ſaltem imponitur *d. l. n. 47.* In genere notandum, quod, licet pœna inceſtus arbitrio humano ſubſit, rationi tamen conſentaneum videatur, ut pœna prohibitioni attemperetur, adeo ut eadem pœna imponatur, ubi eadem, juris divini vel humani, eſt prohibitio.

§. 20. (V.) *Sodomia,* quæ eſt *libido in beſtias, in eundem vel diverſum ſexum, ſed modo præternaturali, aut in ſe ipſum commiſſa. v. l. 1. §. 2. de extradord. crim. l. 31. C. de adult. Nov. 77.* MATH. *de crim. l. 48. tit. 3. c. 6. n. 8. ſeqq.* Primum genus hodie punitur igne, ſecundum, gladio, tertium, arbitrarie *v. O. C. art. 116.* CARPZ. *p. 2. qu. 76.* habet tamen locum diſpenſatio Imperantis, ex præſuppoſito *§. 1.* Illud ridiculum eſt, quod nonnulli, concubitum cum fœmina infideli, pro Sodomia, haberi velint *v.* CARPZ. *d. qu. 76. n. 64.* MATH. *de crim. l. 48. tit. 3. c. 1. n. 16.*

§. 21. (VI.) *Lenocinium,* quod eſt *adjuvatio alienæ libidinis, ob quæſtum facta.* Jure civili recentiori, ultimo ſupplicio illud puniendum eſſe, aliqui cenſent. *Nov. 14. 134. c. 10. v.* MATH. *d. tit. 3. c. 2. n. 11.* Hodie illa pœna, decernenda eſſe exiſtimatur, ſi mariti, Parentes aut tutores, uxores, liberos vel pupillas proſtituant, cæteri lenones vel lenæ arbitrarie puniuntur *v. O. C. art. 122. 123. Conſtit. Saxon. 29. p. 4.* CARPZ. *p. 2. qu. 71.* LAUTERB. *C. J. de adult. in fin.* Sed pœna ul-

timi supplicii, in genere non satis certa videtur *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 1327. 1328.* conf. SPECIM. JUR. ECCLES. *l. 4. c. 5.*

§. 22. Delictorum carnalium præludium aliquando est (VII.) *Raptus*, quem retuli *l. 5. C. 3. §. 15.* Consectaria vero nonnunquam sunt (VIII.) *Abortus procuratio* & (IX.) *infantis expositio*, sed illæ, species sunt homicidii, adeoque earum mentio injecta *l. 3. c. 1. §. 18.* In genere adhuc, quoad delicta carnalia, observandum, quod quinquennio præscribantur *l. 29. §. 6. de adult.* quæ dispositio generaliter videtur admittenda; Id tamen certum, quod præscriptio non antea incipiat, quam delictum plane absolutum, hinc v. gr. bigamiæ præscriptio, demum post mortem personæ malè assumtæ, inchoabitur.

§. 23. Non est tamen, hac in parte, omnium Scriptorum consensus. Incestum viginti demum annis præscribi, censet MATH. *l. 48. tit. 3. c. 6. n. 7.* cum in *l. 39. §. 5. de adult.* traditum sit: *incestum, quamvis adulterio vel stupro sit conjunctus, quinquennio tamen non finiri.* Verum sententia dicti textus pervertitur, quasi in eo tradatur *ampliatio*, cum manifestum sit, quod ibi *exceptio* proponatur: *præscriptione quinque annorum, crimen incesti, conjunctum adulterio, non excluditur*, quia scilicet, duplex crimen occurrit, quæ est ratio exceptionis. Vel ex eo initur consequitur, quod separata crimina quinquennio præscribantur. Ex quo etiam corruit altera assertio MATHÆI *d. l. n. 11.* quod *Sodomiæ accusatio viginti annos duret*, nam argumento, ab incestu, desumto, eam probat; quod autem lex Julia, quinquennii præscriptionem, quoad stuprum, inducens, de venere monstrosa non senserit, ceu amplius contendit, id gratis dici videtur *v. l. 34. §. 1. de adult. l. 101. de V. S. l. 1. §. 2. de extraord. crim. §. 4. I. de P. J.*

§. 24. Stuprum, quoad interesse Stupratæ, quinquennio non præscribi, sed hujus persecutionem perpetuo, adeoque in Saxonia, 30. annos, annum & diem, durare, putat CARPZ. *p. 2. qu. 68. n. 44. seqq. p. 3. qu. 141. n. 46. seqq.* quod sequitur LAUTERB. *C. J. de diverf. tempor. præscript.* Sed hoc valde dubium videtur, si enim quinquennio accusatio & inquisitio delicti aboletur, utique nec de effectu civili amplius quærendum erit: aut si quis, post illud tempus, interesse præstando, delictum agnoscere & fateri cogitur, nihil obstare videtur,

quo

quo minus confesso etiam pœna imponatur, qua ratione tota præscriptio eliditur.

§. 25. Cardo negotii in eo vertitur: num *præscriptio delinquentis obligationem extingvat*, an saltem *efficiat, ne, post elapsum tempus, in veritatem delicti, invito reo, amplius inquiri possit?* Si prius supponas, sententia CARPZOVII defendi potest, cum lex, diverso tempore, obligationem ad pœnam, & damnum resarciendum, extingvere possit; si vero posterius, contraria sententia est verisimilior, nam si de delicto non constat, & in ejus veritatem inquirere non licet, nec obligatio ad damnum resarciendum, afferi potest. Interim posterius præsuppositum, probabilius videtur, nam si, post elapsa præscriptionis tempora, delinquens delictum confiteatur, vel, eo volente, aliis mediis ejus veritas ostendatur, tum, ipsum puniri posse & debere, arbitror, ex quo intentio legis, qua non ipsam obligationem tollere, sed ejus saltem inquisitionem impedire voluit, apparet.

CAPUT X.
DE PATRIA POTESTATE.

SUMMARIA.

§. 1.



PRincipalis matrimonii scopus est, procreatio liberorum, hi ergo si sequantur, mutuum jus & obligatio, inter eos & parentes, nascitur: Nam parentes obligantur ad liberos alendos & educandos, hinc necessario quoque habent jus, eorum actiones dirigendi, eosque ita formandi, quo commoda societatis hu-

manæ membra evadant: Vice versa liberis competit jus petendi alimenta & educationem, sicut etiam directionem parentum admittere illi tenentur, quæ omnia, compendiosa locutione exprimi possunt, si, in liberos natos, constitutam esse *patriam potestatem*, dicamus.

§. 2. Patria potestas, intuitu Societatis civilis ac habito ad leges civiles etiam respectu, est *Jus, liberorum actiones dirigendi, eosdem delinquentes modicè coercendi, ac per illos, res certo modo acquirendi.* Illi, in liberis, respondet *obligatio, qua directionem illam admittere, parentes venerari, ac eorum commoda promovere tenentur,* quæ obligatio, pro ratione juris; à lege formati, quoad Patrem & matrem, quandoque diversa est.

§. 3. Oritur patria potestas, ex *lege naturali*, nam, dum parentes sobolem generarunt, natam quoque alere ac sollicite educare debent: Explendæ obligationi, aliquod requiritur imperium, quod adeo, cum illa, lex naturalis parentibus tribuit *v.* OBSERV. PUFENDORF. *Obs. 501. seqq.* Leges vero humanæ multa certius definiunt, quoad constitutionem, subjectum, effectum & durationem patriæ potestatis, quo sensu illa, *juris civilis* recte dicitur.

§. 4. Non autem immediate leges patriam potestatem introducunt, sed potius ob *prævium aliquod factum*, & mero quidem jure naturali, ob *generationem*, ac *alium actum consensualem*, illa acquiri potest, sed jure civili, per *generationem, justas nuptias præsupponentem, legitimationem* & *adoptionem* eadem acquiritur, qui *tres modi, patriam potestatem constituentes*, notissimi sunt. De nuptiis *c. 2.* diximus, duos posteriores modos, peculiari capite, deinde explicabimus; Illud tamen circa nuptias notandum, quod putativæ etiam aliquando sufficiant *l. 57. §. 1. de R. N. c. 2. 14. X. qui fil. sint. legit.* ut & vix contractæ, licet enim, ob anticipatum concubitum, parentes puniantur *v. c. 9. §. 5. 6.* legitimæ tamen liberorum conditioni, & patriæ potestati, inde nihil decedit *l. 11. C. de lib. natur.*

§. 5. Competit patria potestas, mero jure naturali, *utrique Parentum*, sed quatenus illa jure civili formata est, *soli Patri l. 3. 8. de his qui sui vel alien. §. fin. I. de P. P. §. 10. I. de adopt.* qui exinde *Paterfamilias* audit: aliquando tamen, in sensu laxiori, patres- & matres-familiarum dicuntur, qui, quæve sui juris, sive, à patria potestate liberati sunt,

licet

licet tenerrimæ ſint ætatis *l. 4. de his qui vel ſui vel alien. l. 195. §. 2. de V. S. v. l. 2. c. 1. §. 20.* Mortuo patre, in matrem aut tertium, patria poteſtas non tranſit, licet, ſolo jure naturali, talis tranſitio aſſeri queat *v.* OBSERV. PUFEND. *Obſ. 507. ſeqq.*

§. 6. In poteſtate patria exiſtunt *liberi*, & potiſſimum quidem ii, quos ex juſtis nuptiis procreavimus *l. 3. de his qui ſui vel alien.* qui inde *filii*, & *filiæfamiliarum* audiunt *l. 4. eod.* & nihil refert, ſive primi, ſivi ulterioris gradus ſint, in filiarum tamen liberis, poteſtas patria non continuatur *§. fin. I. de P. P. l. 195. §. fin. l. 196. §. 1. de V. S. l. 2. §. 1. l. 29. ſolut. matrim. l. 1. §. fin. de injur.* imo hodie, fere nec in filiorum liberis, cum illi, inito matrimonio, plerumque à patria poteſtate liberentur, adeoque in liberos proprios habeant poteſtatem illam: Illud etiam nihil refert, ſive teneræ, ſive adultæ ætatis ſint liberi, etſi fatendum ſit, quod, creſcentibus annis, directio paterna quodammodo imminuatur ac mutetur *v.* OBSERV. PUFEND. *Obſ. 511. ſeqq.*

§. 7. Intelligendo patriæ poteſtatis *effectui*, in ſtatu naturali diſtingvenda eſt poteſtas, quæ Patri, qua *tali*, &, quà *Capiti familiæ* competit, ſed in ſtatu civili, illa diſtinctione non opus, cum omne jus Patris, patriæ poteſtatis nomine veniat *v.* OBSERV. PUFENDORF. *Obſ. 510. 515. 516.* de cætero illa reſpicit vel *perſonas*, vel *res* liberorum, nam ad hæc duo capita, omnes effectus ſpeciales, revocari poſſe videntur.

§. 8. Quoad *perſonas*, olim competiit Patri (1.) *facultas liberos recens natos abjiciendi & necandi l. 11. de liber. & poſth. v.* NOODT. *de part. expoſit.* ſed hæc, non jus fuit, ſed inhumanitas, adeoque merito ceſſat (2.) *jus vitæ & necis, ob delictum l. 3. fin. C. de patr. pot.* ſed & hoc jus, licet in ſe iniquum non ſit, rectius Patri fuit ademtum *v.* CARPZ. *p. 2. qu. 100. n. 34. ſeqq* PUFEND. *de J. N. G. l. 6. c. 2. §. 12.* (3.) Competit *dominium in liberos*, hinc pater eos remediis poſſeſſoriis *l. 1. §. 1. de lib. exhib.* & petitoriis *l. 14. §. 13. de furt. §. 9. I. de obligat quæ ex del.* vindicat, ac, in caſu neceſſitatis, vendit *l. 2. C. de patrib. qui fil. diſtr.*

§. 9. Denique Patri etiam competit (4.) *Jus, liberorum actiones dirigendi:* hinc delinquentes caſtigare poteſt *l. un. C. de emend. propinqu.* ex eo etiam fluunt tutoris datio *§. 3. I. de tutel.* ſubſtitutio pupillaris *l. 2. de V. & P. ſubſtit.* negata liberis facultas teſtandi *l. 6. qui teſtam.*

testam. fac. poss. aut, sine consensu patris nuptias ineundi *l. 12. C. de nupt. pr. I. eod.* vel mutuam accipiendi pecuniam *l. 1. de SCto Maced.* & si qui alii ejus generis sunt effectus, qui tamen moribus nonnunquam temperantur.

§. 10. Quoad *res,* ille effectus est, quod *bona liberorum patri acquirantur,* quod tamen, successu temporis, varie temperatum est, introductis diversis peculiorum speciebus, de qua re, proprio Capite, deinceps agemus. In iis vero casibus, in quibus bona ad Patrem spectant, Pater & liberi habentur pro una persona *l. fin. C. de impub. & aliis substit. §. 4. I. de inutil. stipul.* hinc inter eos nulla obligatio *d. §. 4.* nec lis est *l. 4. 11. de judic.* liberi in judicio stare nequeunt *l. 9. 13. de O. & A. l. 18. §. 1. l. 57. de judic. l. 8. de procur. v.* PEREZ. *ad C. qui legit. pers. standi n. 3.* ac sunt Patri sui hæredes §. 2. *I. de hæred. qualit. & differ.* cujus tamen suitatis non tantus hodie est effectus, ac olim fuit.

§. 11. Patria potestas aliquando *desinit:* In genere modi tollendi, sunt vel *communes,* qui tam in persona patris quam filii, vel *proprii,* qui in sola persona filii accidunt. Ad illos pertinet (1.) *mors* naturalis *pr. I. quib. mod. jus patr.* & civilis, quæ maxima & media capitis deminutione contingit §. 1. *I. eod.* hodie banno, quo quis, velut hostis, vel Territorio, vel toto Imperio expellitur. Sola peregrinitas, vel amissio juris municipalis, tollendo juri patrio, non sufficit *v.* CARPZ. *p. 3. qu. 130. n. 52.* PHILIPP. *Us. pract. Instit. Eclog. 75.* (2.) *adoptio* juxta doctrinam *§. 11. I. de adopt. §. 8. I. quib. mod. jus patr. pot. toll.*

§. 12. Modi proprii sunt (1.) *dignitas, cum aliquo munere conjuncta Nov. 81. c. 1. §. 1. junct. l. fin. C. de decur.* Hodie quæ ad summam Reipublicæ pertinet HUBER *in posit. ad I. q. m. j. p. p. s. n. 6.* qualis, sine dubio, non est Doctoratus CARPZ. *p. 2. C. 10. D. 4.* In genere modi hujus exiguus hodie est usus, nam filii in dignitate constituti, familiam paternam deserunt adeoque, hac ratione, à patria potestate, liberantur (2.) *Emancipatio,* quæ est actus, quo voluntate patris *§. fin. I. q. m. j. p. p. s. l. 31. de adopt. l. 4. C. de emanc.* liberi non dissentientes *l. 5. C. eod. Nov. 89. c. 11. pr.* coram competente judice quocunque loco *l. 36. de adopt.* è patria potestate dimittuntur *§. 6. I. q. m. j. p. p. s. l. fin. C. de emanc.*

§. 13. Aliquando etiam Pater liberos emancipare debet, ob consen-

ſenſum *l. 1. §. 3. ſi quis à Par. manum. l. 92. de C. & D.* vel delictum *l. fin. ſi quis à Par. man. l. 12. C. de epiſc. audi. l. 6. C. de ſpectac. l. 32. 33. de adopt. l. 3. §. 6. de minor. v.* HUBER. *in poſit. ad I. q. m. j. p. p. ſ. n. 14.* Hodie emancipatio expreſſa, rarior eſt, tacite vero illa fit, ſi (1.) liberi majorennes, voluntate Patris, familiam paternam deſerant, aut (2.) negotientur, vel (3.) matrimonium ineant, quod ultimum tamen, in Saxonia, in ſolis filiabus, etiam minoribus, procedit *v.* CARPZ. *p. 2. C. 10. D. 1. ſeqq.* HUBER. *d. l. n. 16.* LAUTERB. *C. J. de adoption.* Jure Romano per emancipationem etiam agnatio fuit ſublata *§. 3. I. de capit. dimin.* Sed hic effectus hodie generaliter ceſſat *v.* SPECIM. JUR. PUBL. *l. 4. c. 9. §. 15.*

§. 14. Quandoque liberi, ipſo jure, à Patria poteſtate liberari cenſentur (1.) ob inceſtuoſam Patris digamiam *Nov. 12. c. 2.* quod tamen, perinde ac amiſſio bonorum, quâ inceſtuoſus punitur, hodie forte non obtinet (2.) expoſitionem infantis *l. 2. C. de infant. expoſ.* HUBER. *d. l. n. 15.* ſed hoc ex *d. l. 2.* non probatur, & utique Pater exponens, ſi de eo conſtet, ad prolem recipiendam erit adigendus *conſ.* ZOES. *ad ff. de adopt. n. 20.* (3.) præſcriptionem *l. 1. C. de patr. pot.* ZOES. *d. l. n. 21.* ſed nec ille modus ſatis probatur.

§. 15. Soluta patria poteſtate, ceſſant quidem effectus civiles, jus tamen parentum, quod naturaliter ipſis competit, cum obligatione liberorum ſemper durat, niſi forte Parentes, graviori delicto, ſeſe eodem indignos fecerint *v. l. 35. de religioſ.* Regulariter igitur liberi autoritatem & conſilium Parentum venerari, ac, ob ſumma beneficia, generationem ſcilicet & educationem *v.* PUFEND. *de J. N. G. l. 6. c. 2. §. 10.* data quâvis occaſione, gratitudinem, erga illos, oſtendere tenentur *v. t. t. de obſequ. parent. præſtand. l. 6. C. de patr. pot.* CARPZ. *p. 2. qu. 100. n. 25. ſeqq.* STRYK *in not. ad* LAUTERB. *de obſeq. Parent.* conf. OBSERV. PUFEND. *Obſ. 517. ſeqq.*

§. 16. Hodie jus patrium, in quibusdam locis, ignotum eſſe dicitur *v.* LAUTERB. *C. J. de his qui ſui vel* ſed uti illa aſſertio, ſi admittatur, de effectibus civilibus, ſaltem intelligenda eſſet, ita ejus veritas omnino dubia eſt, hinc, cum jus Romanum, in ſubſidium receptum ſit, in dubio, i. e. ſi de legibus contrariis aperte non conſtet, pro ejus autoritate, recte pronunciatur *v. Conſt. Saxon. 10. p. 2.* Interim

verum est, quod non nonnulli effectus, qui v. gr. matrimonia liberorum, vel eorum res respiciunt, tam rigidè, ut olim, hodie non obtineant. De cætero ut alia jura privata, ita hæc etiam Statibus imperii applicari possunt, sed cum temperamento, quod ipsorum conditio exposcit, de quo in SPECIM. JUR. PUBL. *l. 4. c. 9. §. 7. seqq.* dixi.

CAPUT XI.
DE AGNOSCENDIS ET EDUCANDIS LIBERIS.

SUMMARIA.

§. I.



AGnitio liberorum, generalius accepta, triplici respectu, occurrere videtur, quoad *parentes*, *conjuges* & *extraneos*. Primum quod attinet, apud Romanos, peculiari sensu, agnitio liberorum olim occurrebat, nam erat in arbitrio Parentum, qui etiam de prole ex sese genita, non dubitabant, utrum eam agnoscere, tollere ac educare, an abjicere vel necare vellent, quæ inhumanitas demum in *l. 2. C. de infant. expos.* prohibita est, de quo, professo studio

dio egit Noodt. *de part. expos.* Cum verò feritas illa, juri naturali repugnet, hinc illius generis agnitio, in nulla gente, cui vel levis honesti sensus inest, hodie occurrit aut toleratur *conf.* Observ. Lauterb. *Obs.792.*

§. 2. Præterea vero accidere potest, ut vel Parentes, liberos, vel hi, illos, suos esse negent, quo casu, de liberis agnoscendis, quæstio existit. Inter conjuges quidem bene compositos, regulariter de hac re nihil auditur, qui liberos natos tenerrimo affectu prosequi, ac pro suis agnoscere & educare solent; ast quoad prolem illegitimam, aut ubi castitas uxoris, marito est suspecta, hujus generis controversiæ, non sunt insolitæ, nonnunquam etiam ex metu, odio, ignorantia vel spe lucri filiatio negatur aut asseritur, vel, absentiâ liberorum aliisque casibus, incerta redditur *v.* Dn. M. Crell. *disput. de Liberor. proprietat. ex caus. natur. & moral. dijudic. hab. Lips. 1706. §.6. seqq.*

§. 3. Quoad prolem illegitimam notandum, quod tam à matre, quam patre, filiatio aliquando soleat negari, evitandæ ignominiæ, vel oneri alendi. Quandoque parentes spuriam prolem tacite agnoscunt, eidemque alimenta suppeditant, aut etiam adultam ministeriis suis adhibent, aperte tamen furtivæ Veneris pignora, pro liberis habere nolunt. De cætero omni casu, quo filiatio controversa est, habet locum *actio præjudicialis*, qua vel *liberi contra parentes, vel hi, contra illos agunt, ad filiationem agnoscendam.*

§. 4. Secundo, inter conjuges, de liberorum agnitione, aliquando disceptatur. Et quidem, constante matrimonio, maritus partum adulterinum vel suppositum dicere potest, quo casu ille, accusationem adulterii, vel suppositi partus, instituere *v. l. 19. §. 1. l. 30. §. 1. de Leg. Cornel. de fals.* vel uxor, actione præjudiciali, de partu agnoscendo, agere potest *l. 3. §. 1. de agnosc. & alend. liber.* quæ, mortuo marito, contra avum instituitur *d. l. 3. §. 2.* Vice versa uxor quoque sobolem genuinam negare potest, si forte maritus partum adulterinum, legitimæ proli adjungere velit, quo casu priora remedia locum habent, sed ille rarior videtur.

§. 5. Apud Romanos, post divortium, ejusmodi disceptatio non erat infrequens. Uxor, facto divortio, intra 30. dies continuos *l. 1. §. 9. de agnosc. & alend. lib.* marito vel ejus patri, ad domum denun-

ciare debebat; se esse prægnantem *l. 1. §. 1. 2. eod. v.* RÆVARD. *conjectan. l. 2. c. 11.* quo facto, maritus statim custodes ventris mittebat, vel fœminam, ex se non esse prægnantem, denunciabat *l. 1. §. 6. eod.* quibus peractis, actione præjudiciali, de partu agnoscendo, agitur *l. 1. §. 4. 11. 16. eod.* eâque, agnitio liberorum, pro ratione peractæ probationis, definitur *l. 1. §. 16. l. 2. 3. eod.*

§. 6. Uxore denunciationem omittente, vel missos custodes non admittente, maritus partum, quoad alimenta interim præstanda, agnoscere non tenetur *l. 1. §. 6. eod.* salva nihilominus actione præjudiciali, ipsi proli natæ *l. 1. §. 8. 13. 15. eod.* Vice versa maritus, facta denunciatione, custodis missionem, vel contrariam denunciationem, omittens, partum quoad alimenta, agnoscit *l. 1. §. 4. 12. 14. 15. eod.* quæ erat *pœna denunciati v. l. 9. C. de patri. pot.* NOODT. *de part. expos. c. 3.* actione tamen præjudiciali, partum suum esse, negare potuit *l. 1. §. 12. 15. in fin. de agnosc. lib.* Si uxor, post divortium, negabat se prægnantem, maritus contra affirmabat, venter inspiciendus, ac, deprehensa graviditate, custodiendus erat *l. 1. de inspic. ventr.* Hodie, cessantibus divortiis, horum nullus usus.

§. 7. Denique tertiò, inter conjuges & extraneos, aliquando, de liberorum agnitione, disceptatur. Regulariter quidem, quem parentes pro suo agnoscunt, is ab aliis quoque, pro tali, habetur, sed nihilominus, ob præjudicium, quod subest, quandoque alii contradicunt, ac, prolem adulterinam vel suppositam esse, contendunt, id quod non tantum inter privatos, circa successiones potissimum, contingit, sed & inprimis, circa Regum liberos, ob gravissimum, quod metuitur, incommodum accidit, ceu notissimo exemplo Principis Wallisii, quem vocant, in Anglia, ante aliquot annos, occurrente, intelligitur.

§. 8. Imo alio adhuc sensu, prolem dubiam nonnunquam reddere solent extranei, dum eam, suam esse contendunt, qualis controversia olim Regi Salomoni oblata *1. Reg. 3.* cui similis, in Prætorio Lipsiensi, anno *1702.* ventilari cœpit, ubi duæ fœminæ plebejæ, eundem puerum, summo conatu, ancipiti disceptatione, ambiguis testibus, puero ipso dubio, probabilibus utrinque signis ac testimoniis & sollicite inquirente judice, filium sibi vendicarunt, donec altera, probatione meliori, causam vicerit filioque sit potita, quem casum DN. CRELL. *in diss. §. 2. citata,* plenius recenset *§. 15. seqq.*

§. 9.

§. 9. In hujusmodi controverſiis aliquando opus eſt, ut venter, i.e. uxor prægnans, inſpiciatur, ac id ſedulo agatur, ne vel partus falſus ſubjiciatur, vel proli, quæ adeſt, injuria inferatur. Hinc cuſtodes apponendi, ac uxor in bona quandoque mittenda, Curator ei conſtituendus, illique, cum familia, alimenta præſtanda ſunt. Quodſi autem mulier, in poſſeſſionem miſſa, doloſe eam in alios transferat, vel, per calumniam, illam obtinuerit, tum, lædentes, ad damnum, iis, quorum intereſt, reſarciendum, naturaliter etiam, teneri, manifeſtum eſt, quo pertinent proviſiones Prætoriæ in *tit. de ventre inſpiciendo cum ſeqq.* ut &, ſuo modo in *tit. de ventr. in poſſeſſion. mitt.* vid. *l. 1. §. 14. 15. d. t.* quarum omnium, cum, ex generalibus æquitatis & prudentiæ principiis, fluant, hodie quoque, in caſibus habilibus, eſt uſus *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obſ. 794. 966. 967.*

§. 10. Quodſi liberis impuberibus quæſtio ſtatus moveatur, prævia cauſæ cognitione quali quali, ac filiatione utcunque apparente, in bona Parentum illi mittuntur *l. 1. §. 1. l. 3. §. 3. 4. 5. de Carbon. edict.* & diſceptatio plenior, in tempus pubertatis differtur *d. l. 1. §. 1.* niſi eorum interſit, eam quæſtionem ſtatim tractari *d. l. 3. §. 5.* Cautio interim à pupillo eſt præſtanda *l. 1. C. de Carbon. edict.* aut, eâ omiſsâ, adverſarius ſimul in bona mittitur, vel ei caventi bonorum adminiſtratio conceditur, neutro cavente, curator bonorum conſtituitur, qui impuberi, non etiam adverſario præſtat alimenta *l. 1. §. 1. l. 5. §. 1. 2. l. 6. §. 4. 5. de Carbon. edict. v.* LAUTERB. *C. J. d. t.* quam ſanctionem, æquitate ſubnixam, hodie quoque obſervari, dubium non videtur.

§. 11. Inprimis, in hujusmodi controverſiis, opus eſt *probatione filiationis*, quæ ſæpe ſatis difficilis, imò, certo reſpectu, impoſſibilis eſt. *v.* MASCARD. *de probat. concl. 787. ſeqq.* MENOCH. *de A. J. Q. l. 2. Caſ. 89.* Equidem mater dicitur eſſe certa *l. 5. de in jus voc.* ſed hoc non alio ſenſu verum eſt, quam quod mater, quæ prolem enititur certiſſima ſit, ſe eſſe matrem, quali certitudine pater ſe dicere patrem non poteſt, niſi forte caſu rariſſimo *v.* DN. THOMAS. *diſſert. de fil. ſub. condition. filiat. prob. inſt. c. fin. §. 7.* Porro ſi aliqui actui pariendi interſint, ac fœminam quandam, prolem eniti videant, tum & illi certiſſime hactenus norunt matrem; Sed ſi ab hoc actu abeas, ac prolem parentibus ſuis ſubductam, aut ſaltem adultam ſupponas, mater non minus, quam pater, poteſt eſſe incerta.

§. 12. Regulariter igitur directe filiatio probari nequit, sed ea saltem probanda sunt, ex quibus illa præsumatur. Pater itaque est, quem nuptiæ demonstrant *l. 5. de in jus voc.* quod ad matrem quoque, suo modo, applicari debet. Porro filius esse censetur qui in matrimonia natus est *l. 6. de his qui sui vel alien.* quæ dictamina rectæ rationi maxime conveniunt. Hinc literarum natalitiarum, quibus etiam jurati testes aliquando interveniunt, non alius est sensus, quam quod de matrimonio, & nativitate, in eo, facta testentur, ex quo filiatio præsumitur: Eodem pertinet juramentum, quod, ratione nativitatis legitimæ, à Magisterii Candidatis, in Academiis nonnullis, exigi solet.

§. 13. Atque ista filiationis probatio, legitima & sufficiens est, inprimis si conjuges prolem, pro sua, agnoscant, quamdiu contrarium non probatur, nam præsumtio juris & de jure, exinde non oritur, quod male existimasse videtur Supremum Auditorium Parisiense, in casu quem refert Dn. Thomas. *in not. ad* Huber. *posit. de agnosc. & alend. lib. n. 4.* Potest igitur ostendi, prolem esse illegitimam & alienam, ratione mariti, si v. gr. hoc per decennium absente, filius natus sit *l. 6. de his qui sui vel alien.* conf. *l. 1. §. 14. de agnosc. lib.* quod exemplum male ridet Wissenbachius *v.* Thomas. *d. dissert. c. fin. §. 9.* sola tamen adulterii probatio, negandæ filiationi non sufficit *l. 11. §. 9. de adult.* quamvis si de hac simul actum sit, res judicata, pro illa, & contra eam, jus faciat *l. 1. §. 16. l. 2. 3. de agnosc. & alend. lib.* Porro ratione utriusque conjugis, filiatio negari potest, si sobolem suppositam esse, ostendatur *l. 4. C. de his.*

§. 14. Quodsi præsumtio, à matrimonio desumenda, deficiat, ut circa prolem illegitimam contingit, vel etiam legitimam, si Parentibus ad tempus subducta adeoque incerta reddita sit, tum aliis probationibus opus est. Et habent hic locum testes, fama, instrumenta, jusjurandum; confessio contra seipsum, nec non Parentum *l. 1. §. 12. de agnosc. lib. l. 16. de probat.* quæ probationes omnes, eo plus minusve ponderis habent, quo magis aut minus de circumstantiis, ex quibus filiatio præsumenda, testantur, & quo magis aut minus, per oppositas conjecturas, eliduntur *v. l. 15. 29. de probat. l. 14. C. eod.* Sic stuprum confessus, pro patre habetur, nisi præsumtio scortationis, quoad matrem, subsit *v. c. 9. §. 12.*

§. 15. Præ-

§. 15. Præterea etiam conjecturæ filiationis, desumuntur ab aliis circumstantiis, puta (1.) ab *educatione* (2.) *similitudine temperamenti, morum & affectuum* (3.) à *similitudine externa* (4.) *signis gentilitiis*, quæ, in nonnullis gentibus, reperiri dicuntur; sed illis omnibus, si aliæ circumstantiæ non concurrant, parum vel nihil ponderis, in probanda filiatione, inest (5.) à *notis, natura vel casu quodam inditis*, quo argumento mater, cujus *§. 8.* mentio facta, causam vicit, cum enim punctulo quodam, puerum à natura notatum diceret, illudque in eodem reperiretur, assertionem juramento confirmare jussa est, quo facto, ac adversariâ non amplius contradicente, filium accepit (6.) ab *effectu parentum*, quo argumento, Rex Salomo, oblatam controversiam diremit *v.* DN. CRELL. *differt. §. 2.* citatam, *§. 18. seqq.*

§. 16. Ex his intelligi potest, quo sensu, *conditio probandæ filiationis, in potestate filii non esse*, dicatur in *l. 83. de condit. & demonstr.* nimirum eo, quod, omissa præsumtione, quæ à matrimonio, eique innexa nativitate, desumitur, in potestate filii non sit unicè situm, filiationem ostendere: hanc enim probationem, esse perincertam, ac multis casibus obnoxiam, facile liquet, hinc utut illa conditio, non sit plane impossibilis, attamen nec potestativa est. De hac autem probatione, textum illum esse accipiendum, ex eo patet, quod testator, conditionem injungens, *matrimonium* & *nativitatem*, ipse fateatur, adeoque dubio procul alia, quam inde desumta, probatione, filiationem ostendi velit.

§. 17. De cætero id æquitas manifeste suggerit, ut à probatione immunis sit, qui in possessione est *v. l. 14. de probat. l. 7. §. fin. de liberal. caus.* quamvis, si adversarius probationem contrariam suscipiat, hanc utique diluere debeat possessor, si illa alicujus momenti sit, nec velit succumbere; De eo etiam dubitandum non est, quin possessor, ultro probationem juris sui suscipere possit. *d. l. 14. de probat.* Quodsi neuter in possessione sit, tum possessorium antea instituendum, ut constet, quis actoris partes sustinere debeat *d. l. 7. §. fin. de lib. caus.* hoc tamen præcise non est necessarium, maximè eo casu, ubi duo, circa filium, contendunt, tum enim filius controversus apud tertium deponi *v. l. 3. §. 6. de lib. exhib.* & utrique probatio injungi potest, ceu etiam in casu *§. 2.* memorato, observatum est.

§. 18. Liberos, sive statim, sive post aliquam contradictionem, agni-

nitos, Parentes recte educare debent, id quod summatim in eo consistit, ut *ipsis alimenta necessaria præbeant*, ac illorum *corpus ac animum ita forment, quo Deo sibi ipsis & proximo, aliquando inservire queant v.* OBSERV. PUFEND. *Obs. 519.* Primo igitur liberi sunt alendi *v. l. 4. 5. §. 2. 10. de agnosc. lib. l. 1. §. 3. de J. & J. l. un. §. 5. C. de R. U. A. l. fin. §. 5. C. de bon. quæ lib.* & quidem primario sumtibus patris *v. l. 5. §. 1. de agnosc. lib.* quamprimum nati sunt, neque enim inhumanitas, apud Romanos olim usitata, qua liberi recens nati, abjici poterant, vel obtinet, vel obtinere debet *v. §. 1. h.*

§. 19. Cum vero tenella proles, lactanda sit, & hoc ad triennium fere, apud Romanos, olim obtinuerit, igitur, post hoc tempus, alimenta præstanda esse dicuntur *l. 9. C. de patr. pot.* quo ipso tamen alimenta, præcedenti tempori convenientia, non negantur *v.* CARPZ. *p. 4. C. 27. D. 5.* An vero mater prolem, aliis lactandam committere possit, conscientiæ quæstio est, quæ ob justam causam, affirmari potest, quamvis forte officium maternum, non semper, prout par erat, hic observetur.

§. 20. Deficiente patre ad ejus ascendentes, onus alendi pertinet *l. 5. §. 2. l. pen. de agnosc. lib.* quod si hi vel desint, vel non sufficiant alendæ proli, mater, vel ejus parentes istud officium subire debent *d. l. 5. §. 2. v.* CARPZ. *p. 2. C. 10. D. 19.* Quodsi mater alimenta, patris loco, præstiterit, eadem ab hoc repetit *v. l. 2. 3. de N. G.* Ratio autem, quod Pater potius, quam liberos alere teneatur, à jure mariti, quod in bona uxoris habet, vel, his deficientibus, ob ejus consensu, dependere videtur, nec inique etiam in compensationem operarum molestarum, quas mater subire debet, sumtus educationis Pater ferre cogitur.

§. 21. Alendi sunt liberi cujuscunque sexus aut gradus, sui & emancipati *l. 5. §. 1. 2. l. 8. de lib. agnosc.* legitimi & illegitimi *auth. licet C. de natur. lib. v. c. 9. §. 2. 12. seqq.* etiam incestuosi & adulterini *c. 5. in fin. X. de eo qui duxit in matrim. quam poll. adult.* nec aliud constitutum jure Romano *v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 793.* Quodsi, culpa unius conjugis, matrimonium sit solutum, tum sumtibus nocentis, apud innocentem, liberi educantur & aluntur *l. 1. & seqq. auth. C. divort. fact. apud quem lib. educ.* Sed hodie explicatius dici potest, matrimonio, per culpam uxoris soluto, patrem liberos alere debere, qui tamen jura sua, in uxoris bona, retinet: si vero culpa mariti, tum apud matrem, sum-

ſumtibus patris aluntur liberi, ſi conjux nocens bonis deſtituatur, innocenti onus alendi accreſcit *v.* STRYK *de diſſenſ. ſponſ. Sect. 6. §. 44. ſeqq.* cönf SPECIM. JUR. ECCLES. *l. 5. c. 6. §. 21. ſeqq.* OBSERV. LAUTERB. *Obſ. 783.*

§. 22. Alimenta aliquando ſtricte accipiuntur pro iis, quæ eſui potuique inſerviunt *l. 8. §. 12. de transact. v. l. 21. de alim. leg.* aliquando generalius, pro iis omnibus, quæ ad vitæ ſuſtentationem requiruntur *l. 6. de alim. legat. l. 43. 44. 234. §. fin. de V. S. l. 12. §. 3. de admin. tutor. l. 4. ubi pup. edu. deb. l. 6. §. 5. de carbon. edict.* Sed hoc loco omnes ſumtus, quos educatio liberorum requirit, hoc nomine comprehenduntur. Quodſi latam illam ſuppoſitionem nolis admittere, hoc tamen certum, quod tam alimenta, quam cætera impendia, pro modo facultatum, parentes præſtare debeant *l. 5. §. 7. 10. 12. 19. de agnoſ. lib. l. 5. C. de SCt. Maced. l. 17. ff. eod. l. 7. §. fin. l. 3. §. 3. de in rem verſ.* quo ſenſu etiam ſumtus funeris alimentis comparari poſſunt *l. 28. de relig. v.* CARPZ. *p. 2. C. 46. D. 23. qu. 68. n. 115.*

§. 23. Neceſſitas alendi ceſſat, ſi liberi ſe ipſos ſuſtentare, operis ſuis, queant *l. 5. §. 7. de agnoſc. lib.* vel bona propria habeant *v.* CARPZ. *p. 2. C. 10. D. 18.* ſi tamen parentes nihilominus alimenta, aliaque impendia, præſtiterint, in dubio liberis illa cenſentur donaſſe *l. 34. ff. l. 11. C. de N. G. l. fin. C. de dot. prom.* CARPZ. *d. C. 10. D. 22.* E contrario aliquando liberi parentes alere coguntur *l. 5. pr. §. 1. 2. 15. de agnoſc & alend. lib. l. 8. C. de bon. quæ lib.* quæ obligatio quoad fratres non occurrit, etſi vinculum humanitatis & cognationis ſimile officium quandoque expoſcat *v. l. 12. §. 3. de admin. tutor.* CARPZ. *d. C. 10. D. 19. conf.* LAUTERB. *C. J. de agnoſ. & alend. lib.*

§. 24. Præterea ad officium Parentum pertinet, ut corpus & animum liberorum, per dextram & cordatam educationem, in uſum vitæ civilis, recte forment *v. §. 18.* adeoque eos ad idoneum & honeſtum vitæ genus applicent, &, quantum ratio & occaſio fert, fortunam ipſorum fundent & promoveant. Sed uti hanc officii partem non rarò Parentes ex nimio amore negligunt, adeo ut liberi, non tantum inutilia, ſed & noxia terræ pondera, ſæpe evadant, ita nonnunquam cura liberorum, in aliorum injuriam, extenditur, ac abuſui iſti officium paternum prætexitur.

CAPUT XII.
DE PECULIO LIBERORUM.

SUMMARIA.

§. 1.



Ffectus patriæ potestatis præcipue etiam, circa *res liberorum*, conspicitur *v. c. 10. §. 10.* Nam olim liberi nihil proprii habebant, sed saltem *peculia* id est, *bona quædam, à rationibus paternis separata, ex precaria Patrum concessione*, ad exemplum servorum, tenebant *v. l. 4. 5. 8. 32. pr. in fin. l. 39. 40. 47. §. 6. de pecul. l. 182. de V. S. l. 20. §. 10. de hæred. petit. l. 56. de R. V. v.* VINN. *ad §. 1. J. per quas pers. nob. aquir.* conf. *l. 16. pr. ad SCt. Trebell. l. 79. §. 1. de Legat. 3. l. 9. §. 3. de jur. dot. l. 31. §. 1. de donat.* Sed, successu temporis, rigor ille temperatus, ac plus juris liberis, quoad bona, concessum est, hinc peculii varietas extitit; Est enim *militare*, & *paganum*, illud, *castrense*, vel *quasi castrense*, hoc *adventitium*, vel *profectitium*, prius iterum, *regulare*, vel *irregulare*.

§. 2. Peculium castrense est, *quod, occasione militiæ instantis, filiofam. obvenit, ac, favore belli, pleno jure, ipsi acquiritur v. l. 11. 12. ff. l. 1. C. de castr. pecul.* Acquirunt igitur tale peculium filiifam. qui in militiam eunt, vel jam militant *l. 6. 11. ff. l. 1. C. d. t.* missi illud retinent

nent *l. 19. §. 2. eod. l. 26. §. 1. de testam. milit.* de novo verò, ob militiam præteritam, non acquirunt *l. 15. de castr. pec.* si paterfam. in bello aliquid acquisiverit, ac postea se adrogandum præbuerit, res castrenses, olim acquisitæ, in castrense peculium degenerant *l. 4. §. fin. eod.*

§. 3. Peculium igitur castrense constituunt omnes res mobiles, filiofam. in militiam eunti, militiæ intuitu, donatæ, non etiam immobiles *l. 11. ff. l. 1. C. de castr. pec. l. 4. C. fam. ercisc. l. 3. §. 4. de donat. inter V. & U.* Porro omnes res, in militia, vel ejus occasione, quæsitæ, aut pecunia aliisque rebus castrensibus comparatæ, mobiles & immobiles *l. 1. 4. C. l. 5. 19. ff. de castr. pecul. l. 4. C. fam. ercisc.* Hæreditas vero matris, vel aliorum propinquorum ad peculium illud non pertinet *l. 8. 16. §. 1. ff. l. 1. C. de castr. pec.*

§. 4. Filiusfam. in hoc peculio, habet plenum dominium *l. 6. C. de bon. quæ lib. l. 3 p. §. 2. C. de usufr. pr. I. quib. non est perm. fac.* hinc ea omnia, quæ vel ex dominio fluunt, vel illud comitantur, hic obtinent *v. l. 1. §. 15. de collat. l. 17. §. 2. ad municip. l. 4. §. 1. de usurp. l. 2. C. de castr. pec. l. 15. §. 1. seqq. ff. eod. l. 4. de judic. l. 7. de castr. pec. l. 1. §. 9. de separ. l. 6. 18. de re jud.* in specie filiusfam. de eo potest testari *l. 2. C. l. 4. §. 2. l. 5. 6. de castr. pec. l. 7. §. fin. de donat. pr. I. quib. non est perm. fac. test.* cujus ratio non à *plenitudine dominii*, vel *libertate alienandi*, sed *qualitate Patrisfam.* quæ hic occurrat *l. 2. de SCt. Maced. l. 6. §. fin. de injust. rupt. irrit.* dependere censetur. Si filiusfam. minor sit, pater curatoris vices sustinet *l. fin. pr. C. de curat. furios.*

§. 5. Pater, vivente filio, nihil juris, in hoc peculio, habet *l. 10. de castr. pec. l. 6. pr. in fin. C. de bon. quæ lib. l. 98. §. 3. de solut.* hinc, in ejus præjudicium, nihil facere ei licet *v. pr. I. quib. non est perm. fac. l. 12. 18. §. 1. 3. de castr. pec. l. 6. §. 3. C. de bon. quæ lib.* nec potest, eo nomine, invitus conveniri, vel sine cautione rati, agere *l. 18. §. 4. 5. de castr. pecul.* Filio intestato mortuo, pater olim, jure peculii, bona castrensia retinuit *l. 1. 2. 9. 14. 19. §. 3. ff. l. pen. C. eod.* sed hodie consveta succedendi ratio, in iis, obtinet *l. 3. 4. C. de bon. quæ lib. Nov. 118. c. 2.*

§. 6. Peculium quasi castrense est, *quod ex literis, vel earum occasio-*

casione, filiisfam. obvenit, ac pleno jure ipsis acquiritur v. §. fin. I. de milit. testam. l. 6. pr. in fin. C. de bon. quæ lib. l. fin. pr. 1. C. de inoffic. testam. auth. presbyteros *C. de episc. & cler.* Tale ergo peculium habent, qui literas tractant, ac per eas, vel earum intuitu, aliquid acquirunt *v. l. 34. 50. C. de Episc. & Cler. l. fin. C. de inoff. testam. l. 7. C. de adsess. l. 4. 8. 14. C. de advoc. 1.* Non male ergo huc etiam refertur, quicquid Studiosis occasione studiorum obvenit: In illo peculio filiisfam. habent plenum dominium, cum consvetis effectibus, patri autem nihil juris competit *v. l. 4. 8. C. de advocat. 1. l. 6. pr. §. 3. C. de bon. quæ lib. l. 1. §. 15. de coll. l. 34. 50. C. de episc. & cler. l. 7. §. fin. de donat. l. fin. §. 1. C. de inoff. testam. l. 1. §. 6. ad SCt. Trebell. l. 3. §. 5. de bonor. possess.* LAUTERBACH. *C. J. de pecul.*

§. 7. Peculium adventitium regulare est, *quod, sine consideratione militiæ, nec ex re Patris, aut ejus intuitu, liberis ita acquiritur, ut ad illos, proprietas, ad patrem, ususfructus pertineat v. l. 6. 8. C. de bon. quæ lib.* Habere possunt tale peculium omnes liberi, cujuscunque sint sexus, ætatis vel conditionis, nam ratio acquirendi in omnes cadit *v. l. 6. C. de bon. quæ lib.* Pertinent huc bona materna *l. 1. 2. C. de bon. mat.* lucra nuptialia *l. 1. 4. C. de bon. quæ lib.* & quæ ex liberalitate aliorum liberis obveniunt, vel suis operis hi acquirunt *l. 6. C. de bon. quæ liber.*

§. 8. In hoc peculio Patri competit ususfructus, vi patriæ potestatis *l. 6. C. de bon. quæ lib. §. 1. I. per quas pers. acquir.* hinc matri idem jus non asserendum *v.* CARPZ. *p. 2. C. 10. D. 13. Dec. Saxon. 62.* Patri autem, in omnibus rebus adventitiis, præsentibus & absentibus, consumtibilibus & non consumtibilibus, ususfructus regulariter tribui debet *d. l. 6. pr. §. 2. C. de bon. quæ lib. Nov. 22. c. 34. j. l. 69. ad L. Falcid.* licet liberi, ex bonis Patris, non alantur CARPZ. *d. l. D. 7.* & quidem ad dies vitæ *l. 1. C. de bon. matern. l. 4. fin. §. 5. C. de bon. quæ lib.* si Patrem, ante liberos, mori contingat, qui casus est certus.

§. 9. Sed si liberi ante Patrem moriantur, tum nihilominus ille usumfructum retinet *l. fin. §. 1. C. ad SCt. Tertull. l. fin. C. commun. de succ. l. 3. C. de bon. quæ lib. vid.* STRUV. *S. J. C. exerc. 38. §. 28. in fin.* CARPZ. *p. 3. C. 17. D. 1.* quia morte proprietarii ususfructus non extingvitur STRYK *in not. ad* LAUTERB. *C. J. de pecul. ad p. 257.* sed hæc tamen ratio pati videtur limitationem: *nisi, morte proprietarii, simul*

ſimul tollatur cauſa uſusfructus conſtituti, quod ſane in hoc caſu fit, hinc ratio potius ex antiqua ſucceſſione, qua fratres defuncti, Patri præferebantur, videtur deſumenda, quare etiam, poſt *Nov. 118. c. 2.* uſusfructus, mortuo filio, probabiliter ceſſat. In Saxonia illius rei nullus uſus, nam Pater mortuo filio ſuccedit, in parte vero, quam conjux accipit, non ut pater, ſed ut maritus, uſufructum habet.

§. 10. Si filio uſusfructus adventitius ſit conceſſus, tum patri ſimul datus intelligitur, hinc ejus duratio, ex utriusque perſona æſtimatur *l. fin. C. de uſufr.* Poſt emancipationem pater, in omnibus bonis adventitiis, dimidiam uſusfructus partem retinet *§. 2. I. per quas perſ. acquir. l. 6. §. 3. C. de bon. quæ lib.* Quod etiam dicendum, ſi per dignitatem filius, à patria poteſtate, liberetur, nam hanc etiam libertatem patri quodammodo debet. In Saxonia Pater, ſoluta poteſtate, nihil juris retinet *v.* CARPZ. *p. 2. C. 10. D. 5.*

§. 11. Ob uſumfructum, dubio procul patri etiam competit libera adminiſtratio, licet filius perfectæ ſit ætatis *l. 1. C. de bon. mat. l. 6. §. 2. l. 8. §. 3. C. de bon. quæ lib.* hinc etiam rationes non reddit *d. l. 6. §. 2. l. 8. §. 4.* CARPZ. *p. 2. C. 11. D. 5.* præterea nec inventarium conficere, nec alia, quæ ab uſufructuariis aliàs exiguntur, præſtare debet *l. fin. §. 4. C. de bon. quæ lib.* CARPZ. *p. 2. C. 10. D. 9.* Actiones quoque inſtituit & excipit, filii tamen habilis conſenſus accedere debet *l. fin. §. 3. C. de bon. quæ lib.* CARPZ. *p. 2. C. 10. D. 14.* ſumtus litis, ex fructibus, pater quoque ferre tenetur *l. 1. C. de bon. mat. l. fin. §. 3. C. de bon. quæ lib.*

§. 12. Alienare autem Pater bona adventitia non poteſt, niſi ob cauſam neceſſariam & utilem, quo caſu etiam immobilia, ſine decreto, alienantur *l. 1. C. de bon. mat. l. 4. 8. §. 4. 5. C. de bon. quæ lib.* Filius quoque proprietatem, ſine patris conſenſu alienare nequit *l. fin. §. 5. C. de bon. quæ lib.* & habet in bonis Patris tacitam hypothecam, à tempore ſuſceptæ adminiſtrationis, ſed ſaltem ratione bonorum maternorum *l. 8. §. 4. C. de ſecund. nupt. l. 6. §. fin. C. de bon. quæ lib.* CARPZ. *p. 2. C. 24. D. 17.* In Saxonia tamen Electorali, ratione omnium adventitiorum *O. P. S. tit. 5. §. 1.* CARPZ. *p. 1. C. 28. D. 113.* conf. LAUTERB. *C. J. de pecul.*

§. 13. Peculium adventitium irregulare eſt, *quod, extra cauſam caſtrenſem & paternam, pleno jure liberis acquiritur.* Eo pertinent

 (1.) do-

(1.) dona Principis vel Auguſtæ *l. 7. C. de bon. quæ lib.* quod ad Status imperii recte applicatur (2.) quod filiusfam. diſſentiente patre, acquiſivit *l. fin. pr. C. de bon. quæ lib.* (3.) quod fratri ſuo Germano, una cum Patre, ſuccedens, ex hæreditate illa conſequitur *Nov. 118. c. 2.* (4.) bona adventitia, in quibus pater juri ſuo renunciat *l. 6. §. 2. C. de bon. quæ lib. v.* CARPZ. *p. 2. C. 10. D. 12.* & inprimis (5.) quæ ea lege liberis dantur, ne patri uſusfructus acquiratur *auth.* excipitur *C. de bon. quæ lib.*

§. 14. Uſumfructum tamen legitimæ, liberis neceſſariò relinquendæ, patri non poſſe adimi, multi volunt *v.* LAUTERB. *C. J. de pec.* verb. *irregulare n. 2.* Sed contraria ſententia, quæ etiam nec autoritate, nec uſu forenſi plani deſtituitur, verior eſt, nam matris vel avi libertas, non tantum non reſtricta, ſed etiam non obſcure, in jure civili, agnita & confirmata eſt, quod utrumque breviter oſtendendum.

§. 15. Pro libertatis quidem reſtrictione urgeri ſolet (1.) *Patri competere uſumfructum ipſo jure*, ſed hoc verum eſt in bonis *acquiſitis*, annon verò in *acquirendis*, patri uſusfructus adimi poſſit, id hactenus manet in quæſtione, cumque, quoad alia bona, extra legitimum, uſusfructus patri recte auferatur, utique hac ratione, facultas, legitimæ uſumfructum adimendi, negari nequit: Nec obeſt, ſi *inter cætera bona & legitimam, hoc intereſſe dicas, quod in illis quidem libertas auferendi competat, non vero, in hac,* nam ita ſupponitur id, de quo quæritur, ſive, mala ratio, per theſin probandam confirmatur, quod valde incongruum.

§. 16. Inprimis diſſentientes, probandæ reſtrictioni, urgent (2.) *Nov. 117. c. 1.* Verum ibi legitima, & reliqua bona, non comparantur ratione *uſusfructus paterni*, qui in illa non, in his vero, poſſit patri adimi, ſed *liberioris diſpoſitionis quoad liberos*, hoc ſenſu: legitima neceſſario liberis eſt relinquenda, ſed cætera bona, pro lubitu, ipſis dari & non dari poſſunt, an vero uſusfructus legitimæ patri adimi poſſit, id ibi neque dicitur, neque negatur.

§. 17. Alibi tamen libertas, legitimæ uſumfructum adimendi, agnoſcitur, nam poteſt mater liberos ſub conditione: *ſi pater eos emancipaverit*, hæredes inſtituere *l. 25. C. de inoff. teſtam.* conf. *l. 93. de condit. & demon.* hac enim inſtitutione, patri uſumfructum legitimæ auferri, manifeſtum eſt, nam liberi demum, poſt impletam conditionem, ſive factam emancipationem, bona materna acquirunt,

runt, in bonis vero, post emancipationem, quæsit, patri, non competere usumfructum, tralatitium est, cum ergo directe ususfructus legitimæ patri possit adimi, directe quoque id fieri poterit.

§. 18. Non obstat, si, *in liberorum emancipatorum bonis, etiam patri usumfructum competere*, contendas *l. 3. C. ad bon. mater.* nam hoc ex *d. l. 3.* probari nequit licet eam ita etiam accipere videatur STRUV. *S. J. C. exerc. 38. §. 14.* Admittitur quidem pater, cum liberis emancipatis, ad successionem matris & conjugis concurrens, in *portionem virilem ususfructus* (quam dispositionem, velut specialem & æquam, per *Nov. 118.* non esse sublatam censet DONELL. *C. J. C. l. 9. c. 2.* nec dissentit BRUNNEM. *ad d. l. 3.*) sed exinde non magis patri ususfructus, quoad bona liberorum emancipatorum, asseri potest, quam matri, ex eo, quod illa etiam, certo casu, portionem ususfructus, ex hæreditate mariti, accipiat *auth.* præterea *C. unde vir & ux.* conf. OBSERV. LAUTERB. *Obs. 433.*

§. 19. De cætero liberi, in peculio adventitio irregulari, plenum habent dominium, &, si perfectæ ætatis sint, liberam quoque disponendi facultatem inter vivos *Nov. 117. c. 1. §. 1.* testari vero de illo nequeunt *l. pen. C. qui testam. fac. poss. v. §. fin. I. de milit. testam.* Si autem imperfectæ ætatis sint, tum, deficiente alio curator, pater, si velit, administrationem ejus subire potest *l. fin. §. 1. C. de bon. quæ lib. l. 7. pr. C. de curat. furios.* CARPZ. *p. 2. C. 10. D. 11.* Sed tutius erit, si vel illi, qui usumfructum patri ademerunt, vel Magistratus curatorem, quoad hæc bona, constituant *v. Nov. 117. c. 1. §. 1.*

§. 20. Peculium profectitium est, *quod ex re patris, vel ejus contemplatione liberis obvenit, ac sola administratione, à cæteris patris bonis, est separatum v. l. 7. pr. de donat. l. 46. de pecul. l. 18. §. f. l. 19. de pign. action. l. 41. §. 1. de R. V.* Habere tale peculium possunt omnes liberi *l. 1. §. 3. 4. de pecul.* & eo pertinent (1.) eæ res, quas pater animo peculium constituendi, tradidit *l. 4. pr. §. 2. l. 8. 49. de pecul.* (2.) quæ, intuitu patris, sive animo ei donandi, liberis dantur *v. l. 21. 22 de usufr. l. 10. §. 6. in fin. de V. & P. Subst. l. 5. §. 2. de jur. dot. l. 45. §. 4. de A. O. H. l. 6. de collat. v.* OBSERV. LAUTERB. *Obs. 434.* (3.) quæ ex illis rebus amplius proveniunt *l. 6. pr. C. de bon. quæ lib. §. 1. I. per quas pers. acquir. l. 79. de A. O. H. l. 1. §. 5. l. 4. de A. A. P.*

§. 21.

§. 21. Pater hujus peculii plenum dominium & possessionem, filius vero, precariam saltem detentionem habet *v. l. 3. §. 4. de minor. l. 49. §. 1. de A. P. l. 93. de R. J. l. 7. de donat.* hinc quocunque tempori ei potest auferri, modo hoc non fiat in fraudem creditorum *l. 4. §. 21. de pecul.* mortuo patre, filius illud confert *l. 12. C. de collat. l. 13. C. famil. ercisc.* Si in emancipatione pater non ademit, censetur illud filio donasse *l. 31. §. 2. de donat.* qui etiam illud retinet, bonis paternis a fisco occupatis *l. 3. §. 4. de minor.* Ex contractibus filii, pater conveniri potest, licet cum eo, velut institore, contrahi prohibuerit *l. 29. §. 1. l. 47. pr. de pecul.* nam hæc prohibitio, alterum illum consensum non excludit. Pro casuum autem diversitate, actio, quæ ex contractu contra patrem instituitur, *de peculio*, vel *tributoria* dicitur, de quo *l. 4. c. 19. §. 21. seqq.* actum.

§. 22. Peculia liberorum hodie generaliter cessare, nemo facile dixerit, quia tamen patria potestas facilius hodie solvitur, quam olim apud Romanos solvebatur, ideo peculiorum, tanta, ut olim, frequentia, vel minimum duratio non est. Hodie igitur fere de peculio adventitio saltem quæritur, quod & ipsum tamen, rebus maternis & avitis, plerumque absolvitur, hinc quæstio: *an filius artifex, ex rebus patris, an operis suis aliquid acquisiverit,* quam judicis arbitrio committunt *v.* LAUTERB. *C. J. de pecul.* verb. *regulare lit. O.* hodie nullius vel exigui est usus. Porro peculia castrensi & quasi castrensi, hodie sunt rariora: Profectitia exigua, non plane cessant, sed prolixiora, ad effectum negotiandi concessa, vix occurrunt, hinc nomen actionis de peculio & tributoriæ, in foro non auditur, ceu jam admonitum *l. 4. c. 19. §. 21. seqq.*

CAPUT